



# L' Évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers

Carmen, Rodica Zorila

## ► To cite this version:

Carmen, Rodica Zorila. L' Évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2007. Français. NNT : 2007CLF10301 . tel-00717699

**HAL Id: tel-00717699**

**<https://theses.hal.science/tel-00717699>**

Submitted on 13 Jul 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES  
ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES ÉCONOMIQUES, JURIDIQUES ET  
DE GESTION  
UNIVERSITÉ D'Auvergne  
CLERMONT 1

## L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

Thèse pour le grade de docteur en droit public  
*Présentée et soutenue publiquement le 20 novembre 2007*  
Par

**Carmen Rodica ZORILA**

*Membres du JURY :*

**M. Jean-Paul PANCRACIO**

Professeur des Universités  
Détaché à la Direction de l'Enseignement militaire supérieur  
Directeur de thèse

**M. Claude DEVES**

Professeur à l'Université d'Auvergne (Faculté de droit et de science politique)  
*Rapporteur*

**M. Zalmai HAQUANI**

Professeur à l'Université de Caen Basse Normandie (Faculté de droit et  
de science politique)

**M. Philippe SAUNIER**

Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis (Faculté de droit, des  
sciences politiques, économiques et de gestion)

**M. Pascal CHAIGNEAU**

Professeur à l'Université Paris Descartes (Faculté de droit)  
*Rapporteur*

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **REMERCIEMENTS**

*Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Jean-Paul PANCRACIO, dont le soutien en qualité de Directeur de thèse, le regard professionnel et la générosité intellectuelle, m'ont permis de mener à bien ce travail. Ses conseils ont constitué un apport inestimable à ma réflexion.*

*J'adresse mes sincères remerciements aux distingués membres du jury pour m'avoir fait l'honneur de participer à ce jury de thèse.*

*Je remercie du fond du cœur tous ceux qui, par leur confiance, m'ont encouragée et soutenue pour que ce projet aboutisse.*

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
---------------------------	---

<b>CHAPITRE PREMIER – L’ENVIRONNEMENT JURIDICO-ÉCONOMIQUE ET LES PROTAGONISTES DU PROCESSUS D’INVESTISSEMENTS DIRECTS À L’ÉTRANGER</b> .....	54
--	----

<i>SECTION I : L’INTÉGRATION DE CONCEPTS ÉCONOMIQUES DANS LA RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS À L’ÉTRANGER</i> .....	55
--	----

<i>SECTION II : LES PROTAGONISTES DU PROCESSUS D’INVESTISSEMENT : LES ENTREPRISES MULTINATIONALES ET LES ÉTATS</i> .....	123
--	-----

<b>CHAPITRE SECOND – LA CONTRIBUTION DES TRAITÉS BILATÉRAUX À L’INTERNATIONALISATION DU DROIT DES INVESTISSEMENTS</b> .....	183
---	-----

<i>SECTION I : L’ÉVOLUTION DES TRAITÉS BILATÉRAUX DANS LE TEMPS</i> ..	184
--	-----

<i>SECTION II : LES DISPOSITIONS PRINCIPALES DES TRAITÉS BILATÉRAUX D’INVESTISSEMENTS</i> .....	195
---	-----

<b>CHAPITRE TROISIÈME – L’INFLUENCE DES RELATIONS RÉGIONALES ET MULTILATÉRALES SUR LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS</b> .....	335
---	-----

<i>SECTION I : LES INSTRUMENTS RÉGIONAUX</i> .....	337
--	-----

<i>SECTION II : LES INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX</i> .....	381
---	-----

<i>SECTION III : L’ÉCHEC D’UN CADRE MULTILATÉRAL POUR L’INVESTISSEMENT : LE PROJET DE TEXTE DE L’AMI</i> .....	429
--	-----

<b>CONCLUSION</b> .....	474
-------------------------	-----

# INTRODUCTION

L'évolution du droit des investissements est intégrée dans le processus global de transformation de la société humaine, sous tous ses aspects : économiques, socioculturels et politiques. Le phénomène le plus controversé de cette transformation est constitué par la mondialisation qui correspond à une internationalisation de l'activité économique. Le droit international des investissements s'inscrit dans « le contexte de ces évolutions qui accélèrent actuellement le processus de mondialisation des relations économiques<sup>1</sup> ».

La mondialisation, en tant que phénomène multidimensionnel, signifie l'émergence d'une économie intégrée au niveau planétaire, avec des marchés mondiaux naissants. Dans sa forme actuelle, la mondialisation transpose la logique financière, notamment les concepts et les principes de la sphère financière, à la stratégie et à l'organisation des entreprises. Dans la littérature anglo-saxonne, ce terme est utilisé pour désigner la globalisation économique, « un processus visant à la fois la création d'un marché libre au plan mondial et la subordination de toute activité économique à une logique financière<sup>2</sup> ».

L'expansion sans précédent des investissements directs étrangers à travers le monde, avec l'émergence au niveau international de flux financiers massifs, atteste que les investissements représentent une des forces conductrices du processus de globalisation. La croissance des investissements directs étrangers, en termes quantitatifs et qualitatifs, est l'élément essentiel du processus continu d'intégration à l'échelle mondiale.

---

<sup>1</sup> WÄLDE W.T. – *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, IHEI Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004, p.12

<sup>2</sup> MORAND C. – « Le Droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.- *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000, p.81 (sous la direction de), 2000, p.81

A long terme, les analystes prévoient un rôle de plus en plus important pour les investissements directs étrangers dans l'économie mondiale<sup>3</sup>. Selon les prévisions, pendant le siècle à venir, les investissements directs étrangers vont assumer un rôle crucial dans l'augmentation des niveaux de vie des nations de la planète<sup>4</sup>.

L'investissement direct à l'étranger implique un processus décisionnel et une relation directe entre les entreprises multinationales et les Etats, en tant qu'investisseurs et récipiendaires des investissements. La réglementation des investissements directs étrangers traduit ainsi la volonté de stabiliser les relations contractuelles entre Etats souverains et entreprises.

L'environnement juridique et économique du processus d'investissement évolue continuellement sous l'influence des attitudes et des comportements de ces principaux participants. Depuis toujours ce processus a exercé des pressions permanentes sur les décideurs politiques, à tous les niveaux, pour créer un cadre législatif afin d'harmoniser les besoins et les possibilités de l'économie mondiale, « avec la garantie que leurs actions permettront à leur propre économie nationale de bénéficier du développement et de la croissance mondiale<sup>5</sup> ».

En ce qui concerne les entreprises multinationales, leur nombre s'est multiplié au fil du temps et par leur activité, ces entreprises assurent la dynamique de l'économie mondiale. Elles rassemblent des capitaux partout dans le monde, suivent des stratégies universelles et bâtissent des chaînes de production intégrée répandues dans différents pays : « elles sont confrontées de plus en plus avec la pression de la concurrence, basé sur les coûts de production, qui impose le

---

<sup>3</sup> CNUCED – *World Investment Report 1996*, p.3

<sup>4</sup> OCDE – *Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, Paris, 1999

<sup>5</sup> DEVILLE H. – *L'intégration des espaces économiques : Politiques commerciales et économiques*, Ed. Academia, Bruylant, 2003, p.17

déplacement de leurs ressources dans des locations à travers le monde qui sont considérées comme étant plus avantageuses à cause des rapides bénéfices obtenus sur les investissements<sup>6</sup> ». De ce fait, les différentes explications théoriques de la mondialisation reposent principalement sur l'analyse des stratégies d'investissement à l'étranger des firmes. Ainsi, « les dimensions les plus importantes de la mondialisation, à savoir, les échanges internationaux des biens et des services, les flux d'investissements directs à l'étranger et la circulation des capitaux, ont toujours coexisté, mais dans des proportions variables<sup>7</sup> ».

Avec l'émergence d'un marché mondial de capital par la globalisation, l'économie mondiale est devenue une économie de concurrence acharnée entre les entreprises. Cette concurrence entraîne une concurrence exacerbée entre les pays qui cherchent à attirer leurs implantations.

De leur côté, les entreprises, dans leur souci de rentabilité, sont à la recherche de la compétitivité, et cette recherche commence avec la sélection des meilleurs lieux d'implantation pour leurs investissements, qu'il s'agisse d'activités nouvelles ou d'acquisitions d'entreprises existantes ou encore d'activités de partenariat avec des producteurs locaux, dans une logique d'externalisation de leurs activités les moins rentables. Dans ce nouveau contexte, la priorité est donnée à la vitesse de réaction, à la mobilité des activités et à la recherche de maximisation d'une rentabilité à court terme, définie dans l'optique de la satisfaction des actionnaires. Par la suite, elles mettent en concurrence les pays d'implantation afin d'obtenir les coûts les plus bas et un accès plus facile aux marchés locaux, tout particulièrement aux marchés publics « qui ont constitué longtemps une chasse gardée des entreprises locales

---

<sup>6</sup> CNUCED(1996) – op.cit. p.5

<sup>7</sup> MICHALET C. – « La Dynamique de la mondialisation », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C. (sous la direction de), Dijon, 2000, p.17



et qui s'ouvrent désormais davantage avec la libéralisation des économies et la privatisation des entreprises publiques<sup>8</sup>».

La mondialisation entraîne l'érosion des capacités de régulation étatique : « les Etats sont désormais traversés par des flux de tous ordres, qu'ils sont incapables de contrôler, de canaliser et au besoin d'endiguer ; le droit étatique perd toute prise directe sur des phénomènes qui se déploient sur une échelle infiniment plus vaste<sup>9</sup> ».

Une telle vision de l'affaiblissement de l'institution étatique est probablement excessive. Néanmoins, en doctrine comme en pratique « le retrait de l'intervention de l'Etat dans l'économie devient le nouveau dogme, avec les programmes de privatisations des entreprises publiques, avec l'opinion en faveur de politiques monétaires et fiscales orthodoxes et l'adoption par la quasi-totalité des gouvernements d'un modèle d'industrialisation qui privilégie la promotion des exportations et des investissements étrangers<sup>10</sup> ».

Le nouveau contexte économique nécessite de nouvelles formes de régulation qui passent obligatoirement par les instruments juridiques : « il ne peut y avoir mondialisation des échanges économiques satisfaisante qu'accompagnée d'une universalisation du droit<sup>11</sup> ». Ainsi, dans cette nouvelle orientation le droit s'intègre de manière efficace et surpasse les ordres juridiques nationaux. Cependant, les préoccupations économiques de rentabilité ont pénétré le droit et le droit des investissements n'a pas échappé, non plus, à cette transgression des principes de l'économie. De ce fait, avec l'internationalisation de l'activité économique, le concept d'investissement a fait son apparition dans le discours juridique.

---

<sup>8</sup> MICHALET CA. – op.cit.p.41

<sup>9</sup> CHEVALIER J. – « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.(sous la direction de), Dijon, 2000, p.45

<sup>10</sup> MICHALET CA. – op.cit.p.32

<sup>11</sup> FRISON-ROCHE M. – « Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Le Monde*, déc.1996

Néanmoins, le droit de l'investissement étranger, et surtout son caractère international d'aujourd'hui, se sont affirmés lentement.

La réglementation internationale des investissements étrangers a évolué selon l'importance et le rôle des capitaux étrangers dans le développement économique des sociétés contemporaines. Cependant les transformations du droit des investissements étrangers ont suivi les évolutions économiques avec un certain décalage temporel.

Les approches juridiques actuelles sur les investissements directs étrangers sont le résultat de l'évolution historique des normes ainsi que des politiques nationales et internationales. Dans ses grandes lignes, cette évolution correspond à des acceptions différentes du concept de souveraineté et du rôle de la juridiction nationale par rapport au droit international.

Jusqu'à une date récente, les investissements directs étrangers étaient encore perçus comme devant être exclusivement gouvernés par les règles et principes nationaux. C'est seulement au début des années quatre-vingt que s'est manifesté « un grand changement d'attitude vis-à-vis des investissements étrangers<sup>12</sup> », dans la quasi-totalité des pays.

Actuellement le fondement juridique international concernant les investissements est constitué principalement par les accords entre Etats sur cette matière. L'encadrement juridique des investissements à l'étranger inclut des règles de droit international général, des accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux, mais aussi des textes à caractère programmatique dépourvus de caractère obligatoire, comme les déclarations adoptées par les Etats ou les résolutions des organes des organisations internationales, le tout jouant selon les cas avec ou contre les règlements et les procédures nationaux<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> MICHALET C. – « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans LEBEN CH. (et autres), Ed. Litec, Dijon, 2000, p.433

<sup>13</sup> SACERDOTI G. – « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *Academy of International Law*, Recueil des Cours, vol. 269, 1997, p.259

Les normes juridiques internationales en matière d'investissement se sont imposées progressivement. Leur rôle s'est considérablement élargi : il « est toujours sous une pression constante pour s'élargir encore plus <sup>14</sup> ». Cependant, du point de vue politique, la problématique des investissements directs étrangers reste encore un sujet fort sensible. La conséquence majeure en est que la réglementation juridique des investissements directs étrangers est de plus en plus acceptée comme une question de nature internationale<sup>15</sup>.

Bien qu'il n'existe pas un seul instrument juridique pour couvrir tous les aspects des investissements directs étrangers, le cadre juridique existant est le résultat d'un processus évolutif au niveau international. Pour comprendre ce mouvement d'internationalisation du droit de l'investissement, il faudrait passer en revue l'histoire de relations économiques, car c'est à la suite des interactions économiques entre les Etats, ou entre les Etats et les entreprises multinationales que c'est affirmé progressivement le droit international en ce domaine.

Mais cette rétrospective exhaustive serait très difficile à réaliser. Par souci d'efficience, il sera seulement mis ici en évidence, dans une approche chronologique, les contextes économiques et politiques qui ont marqué l'évolution du droit à international des investissements. Cette démarche nous conduit à délimiter quatre périodes : jusqu'en 1945, avant 1970, la décennie 1970 et les trente dernières années du siècle. Pendant chaque période, les événements politiques qui ont eu lieu ont donné suite à des décisions économiques et à des changements dans l'encadrement juridique des investissements étrangers.

---

<sup>14</sup> CNUCED – *Trends in International Investments Agreements: An Overview*, UN Publications, Geneva, 1999, p.13

<sup>15</sup> DUNNING J.; NARULA R. – *Foreign direct investment and governments: Catalysts for economic restructuring*, Routledge Pbsn., London, 1997, p.11

## ***1. Jusqu'en 1945 : un faible flux d'investissements étrangers***

La pratique de l'investissement direct à l'étranger est connue depuis le Moyen-Age, car d'après des témoignages historiques, en 1148, les marchands vénitiens purent s'établir dans un quartier réservé de Constantinople, octroyés par l'empereur Manuel I<sup>er</sup> Comnène<sup>16</sup>. Les échelles du Levant et le régime juridique d'exterritorialité qui leur était associé au profit des commerçants des « nations » chrétiennes en confirment la précocité. Mais ce n'est qu'avec un décalage important que le droit international s'est doté de règles correspondant à ces phénomènes relativement anciens. A cette époque, il n'était pas encore question d'un droit concernant les investissements, mais selon la littérature spécialisée, il se présentait « comme un prolongement du droit de la condition des étrangers<sup>17</sup> ».

Sur le terrain juridique, la transposition de cette tradition relevant alors plus de la protection des personnes que de celle des investissements, s'est matérialisée dans *les premiers standards de droit international*, notamment le traitement juste et équitable à l'égard de l'étranger sur un territoire d'accueil. Mais, avec le développement des relations économiques entre les Etats, ces standards étaient devenus insuffisants relativement vite.

L'évolution historique des relations économiques internationales vers la mondialisation entraîne parallèlement la création et le développement d'un ensemble normatif commercial et juridique<sup>18</sup>. De ce fait, les premiers voyages des navigateurs portugais et espagnols pourraient être identifiés aux premières formes d'expression de la mondialisation, et ainsi, les concepts de commerce et de libre navigation présentés par Grotius « forment la première conceptualisation

---

<sup>16</sup> ATTAR F. – *Le droit international entre ordre et chaos*, Ed. Hachette, Paris, 1994, p.23

<sup>17</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – *Droit international économique*, Précis, 1<sup>re</sup> édition, Ed. Dalloz, 2003, p.373

<sup>18</sup> PELLET A. – « Mondialisation du droit international », in *Rev. Après-demain*, avril 1996, p.37

importante du système juridique nécessaire à l'établissement d'une économie mondiale<sup>19</sup> ».

L'histoire du développement d'un bout à l'autre du monde englobe les investissements directs à l'étranger, des terrains pétrolifères du Golf Persique aux plantations de thé en Inde, en passant par les plantations de caoutchouc en Malaisie<sup>20</sup>. Les frontières ont toujours vu passer de l'argent, des biens et des personnes, mais ces flux étaient relativement faibles, car « jusqu'à la fin du XIX siècle, l'essentiel de la production, de la consommation et de l'épargne échappait aux contraintes de marché, y compris dans les pays développés<sup>21</sup> ».

D'autres éléments sont à noter sur ce faible développement du marché, notamment l'action des Etats pour contenir les effets des échanges internationaux sur l'économie domestique et pour empêcher leurs ressources stratégiques de quitter leurs territoires. Ainsi, « pratiquement toutes les nations européennes contrôlaient sévèrement leurs exportations de céréales et autres denrées alimentaires<sup>22</sup> ». Enfin, à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les Etats ont commencé à réguler l'entrée des marchandises étrangères et des capitaux à l'aide de tarifs, de quotas et d'autres barrières.

A peu près à cette époque, les échanges internationaux étaient concentrés entre les mains d'un petit nombre de familles, d'entreprises et d'institutions. De même, le marché mondial des capitaux était partagé entre « quelques puissantes banques et familles comme les Rothschild, les Baring, les Hope<sup>23</sup> ». Cette situation commence à

---

<sup>19</sup> NEFF S. – *Friends but not Allies: Economic Liberalism and the Law of Nations*, Columbia University Press, 1990, p.12

<sup>20</sup> FIAS – *Foreign Direct Investment: Lessons of Experience*, World Bank, 1997, p.5

<sup>21</sup> BERGER S. – *Notre première mondialisation : Leçons d'un échec oublié*, Ed. Seuil et La République des Idées, 2003, p.19

<sup>22</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – *Globalization and History*, Cambridge, MIT Press, 1999, p.11

<sup>23</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – op.cit.p.12

changer avec l'arrivée des nouveaux protagonistes, voire de nombreux petits épargnants.

Les normes internationales classiques, c'est-à-dire, la loi publique internationale sous sa forme stabilisée à la fin de dix-neuvième siècle, était soucieuse principalement de l'allocation de la juridiction entre les Etats. Le droit des investissements directs étrangers concerne alors surtout les relations entre les investisseurs étrangers et les Etats d'accueil. Dans un premier temps, ces relations ont été abordées principalement comme « des éléments de la juridiction nationale<sup>24</sup> ». Ainsi « l'investisseur évoluait dans le milieu juridique de l'Etat hôte, il était soumis à son droit, il relevait de ses tribunaux <sup>25</sup> ».

En outre, si cette relation juridique était de nature contractuelle, c'était le droit de l'Etat contractant qui « présidait à la naissance du contrat et qui gouvernait son exécution et sa terminaison<sup>26</sup> ». De ce fait, lorsque l'investisseur avait des raisons de mécontentements à l'égard de l'Etat d'accueil, il devait d'abord épuiser les voies de recours interne. Son Etat d'origine avait la faculté d'intervenir, sans, cependant, avoir l'obligation de le faire.

Les règles internationales intervenaient seulement dans des cas exceptionnels, concernant le traitement des propriétés des étrangers par l'Etat d'accueil, surtout pour appliquer des règles relatives à la responsabilité internationale des Etats pour les actes en violation de la loi internationale et faire valoir la protection diplomatique de l'Etat de nationalité de l'étranger<sup>27</sup>. Autrement dit, lorsque l'Etat national de l'investisseur mettait en jeu la protection diplomatique, ce n'était pas sur la violation des droits de son ressortissant que son action reposait, mais sur la violation par l'Etat d'accueil de ses obligations

---

<sup>24</sup> CNUCED – Trends in International Investments Agreements: An Overview, UN Publications, Geneva, 1999, p.13

<sup>25</sup> WEIL P. – Ecrits de droit international, PUF, Paris, 2000, p.410

<sup>26</sup> WEIL P. – op.cit.p.410

<sup>27</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.14

internationales envers l'Etat national de l'investisseur. Dans ce système, il est clair que l'investisseur était protégé en tant qu'étranger et non en qualité de contractant<sup>28</sup>.

L'opinion dominante était que les rapports contractuels entre l'investisseur et le pays d'accueil et les relations entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur se situaient sur des plans différents. De ce fait « de droit international des contrats ou de droit international des investissements il ne pouvait, dans cette conception, même pas être question<sup>29</sup> ».

Pendant l'ère libérale du dix-neuvième siècle, les Etats n'ont pas tenté systématiquement de contrôler ou de restreindre les transactions internationales du capital privé<sup>30</sup>. Les investissements étrangers indirects, notamment « les emprunts et les fluctuations des actions gouvernementales, étaient de loin plus importants que les investissements directs<sup>31</sup> ». L'investissement direct étranger n'occupait à l'époque qu'une part relativement mineure dans les opérations d'investissement, et il était axé sur des activités liées au fonctionnement des services publics et aux matières premières, dans des régions bien déterminées géographiquement. Généralement, la même situation se présentait dans les territoires coloniaux.

Cette situation a persisté jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, avec la prépondérance de l'investissement indirect de portefeuille dans l'investissement international<sup>32</sup>. Cependant, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les investissements étrangers ont pris plus d'importance tandis que leurs formes se diversifiaient. En règle générale, ils restaient attachés à

---

<sup>28</sup> SHAWCROSS L. – « The Problem of Foreign Investment in International Law », RCADI, 1981, vol.102, p.337

<sup>29</sup> WEIL P. – op.cit.p.412

<sup>30</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.13

<sup>31</sup> NURSKE R. – « International Investment today in the light on nineteen-century experience », *The Economic Journal: The Journal of Royal Economic Society*, vol.64, 1954, p.747

<sup>32</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.14

l'ordre juridique de l'Etat d'accueil, avec quelques rares exceptions. Toutefois, à la suite de leur développement, les différends internationaux les concernant se sont parallèlement intensifiés<sup>33</sup>.

Durant la première décennie du XX<sup>e</sup> siècle, des efforts multilatéraux pour mettre en évidence les problèmes de l'investissement ont aboutis à la « Convention Drago-Porter » de 1907<sup>34</sup> qui a imposé des limitations à l'utilisation de la force armée pour recouvrer les dettes publiques<sup>35</sup>. Dans quelques situations, des disputes surgissaient à cause de l'expropriation de la propriété des étrangers individuels pour accomplir des objectifs publics, comme « pour la construction des routes, ou parfois, pour d'autres motifs moins généralement acceptables<sup>36</sup> ». Plusieurs pays d'accueil ont été amenés à exproprier ou à porter atteinte aux intérêts étrangers sur leur territoire, suscitant ainsi des conflits avec les pays investisseurs.

Dans les termes de la doctrine juridique internationale, la question des « droits acquis » des étrangers était reliée à la succession d'Etat, plutôt qu'à la protection des investissements dans le sens moderne du terme<sup>37</sup>. C'est des nombreux arbitrages de cette période que proviennent plusieurs règles classiques du droit international. Il s'agit essentiellement de règles concernant la responsabilité internationale de l'Etat pour atteinte aux intérêts économiques de sociétés étrangères, et notamment sur le droit pour l'Etat dont ressortissent ces sociétés d'exercer sa protection diplomatique<sup>38</sup>. Même s'il est convenu de parler d'un droit international classique, ces règles ne furent jamais universellement acceptées<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> FIAS – op.cit.p.6

<sup>34</sup> AJIL 1908

<sup>35</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.14

<sup>36</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – op.cit.p.15

<sup>37</sup> SALEM M. – « Investissement étranger et droit international », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.368

<sup>38</sup> SHAWCROSS L. – op.cit.p. 338

<sup>39</sup> Dans son arrêt dans l'affaire Barcelona Traction (février 1970), la CIJ a nié toute valeur de précédent à la jurisprudence arbitrale de la première moitié du siècle,



Vers la fin du dix-neuvième siècle, les investissements étrangers directs commençaient à acquérir plus d'importance et prendre les formes prévalentes d'aujourd'hui. Les mesures gouvernementales les concernant commençaient à ressembler à celles qui, plus tard, à une période plus récente, « sont devenues un souci<sup>40</sup> », avec un caractère plutôt général (par exemple la réforme de la terre), qu'individualisé.

Dans des termes strictement juridiques, les investissements directs étrangers restaient largement une question d'intérêt national, « en se déplaçant à l'international seulement dans des cas exceptionnels, assez rares, quand on considérait que les règles et les principes de la coutume juridique internationale avaient été transgressés<sup>41</sup> ». Sur le plan juridique, on note aussi, à la suite des différends concernant les investissements, l'invocation des deux principes fondamentaux de droit public international. Il s'agit donc du *principe de la souveraineté territoriale*, attribuant à chaque Etat la juridiction entière et exclusive sur les personnes et les événements sur son territoire, et deuxièmement, du *principe de la nationalité*, engageant l'intérêt de chaque Etat pour un traitement approprié à l'étranger pour ses ressortissants<sup>42</sup>.

Ces deux principes juridiques ont complété les fondements du droit international coutumier en matière des investissements directs étrangers.

Vers la fin du siècle, les Etats exportateurs de capital avaient insisté sur l'importance du principe de la nationalité. Ainsi ils avaient traité toutes les mesures qui provoquaient des injustices sans compensation à la personne et/ou aux propriétés des étrangers comme

---

jurisprudence sur laquelle une partie de la doctrine classique avait voulu fonder le droit de l'Etat national des actionnaires à exercer sa protection diplomatique.

<sup>40</sup> SHAWCROSS L. – op.cit.p. 339

<sup>41</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.14

<sup>42</sup> HATTAB-CHRISTMANN M., ISLA A – *La réglementation des investissements directs étrangers: De la souveraineté nationale au marché mondial*, Cahiers de recherche no.2, LEREPS, Université de Toulouse, 2002, p.4

des violations au standard international minimum de traitement auquel les étrangers avaient droit<sup>43</sup>. Les pays en voie du développement, importateurs de capital, notamment ceux d'Amérique latine, soulignaient le caractère exclusif de la souveraineté territoriale et soutenaient pour les investisseurs étrangers une égalité de traitement avec les nationaux du pays d'accueil.

Du point de vue juridique, à cette époque, il existait un haut degré de sécurité sur les droits obtenus par les entreprises auprès des Etats dans lesquels elles opéraient. La réglementation consacrait le principe dit *des droits acquis* selon lequel le droit international garantissait « les droits et les biens légalement acquis par les étrangers de toute atteinte de la part de l'Etat souverain sur le territoire duquel ils se trouvaient<sup>44</sup> ».

A cause des différences constitutionnelles entre la propriété et le contrat, les mesures affectant les avoirs des étrangers ont été départagées clairement des mesures affectant les contrats entre les Etats et les étrangers.

Par la suite, dans la doctrine juridique, comme une conséquence de la séparation entre le droit de la propriété et le contrat, la prise de propriété des étrangers était clairement séparée des mesures qui influaient les contrats d'Etat avec les étrangers (d'habitude impliquant les concessions des services publics et autres)<sup>45</sup>.

Concernant ces derniers types de contrats, les pays d'Amérique latine insistaient pour qu'ils soient régis exclusivement par le droit national, tant en vertu des principes généraux que des dispositions contractuelles. A cette époque, nombre de tentatives ont été faites afin d'étendre la protection diplomatique des Etats aux investisseurs, mais à ces tentatives fit obstacle la doctrine de Calvo, qui interdit d'accorder

---

<sup>43</sup> SHAWCROSS L. – op.cit.p. 340

<sup>44</sup> NOEL P. – *La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re)construction du marché mondial*, Cahier de recherche no.20, Institut d'économie et de politique de l'énergie, Grenoble, 2000

<sup>45</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.15

aux investisseurs étrangers un traitement plus favorable qu'aux nationaux<sup>46</sup>.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, partout dans le monde, une grande partie des infrastructures a pu être développée grâce aux investissements directs étrangers. Les compagnies anglaises investissaient dans la production des biens de consommation à l'étranger depuis très longtemps. Des compagnies françaises, allemandes, japonaises avaient établi des filiales à l'étranger même avant la première guerre mondiale<sup>47</sup>.

Vers 1914 le stock mondial des investissements directs à l'étranger était estimé à 15 milliards de dollars, ce qui représentait à peu près le tiers de l'investissement international total. A l'époque, la Grande Bretagne représentait la plus importante source de ces investissements, suivie par les Etats Unis et l'Allemagne. Les Etats-Unis était de loin la destination privilégiée pour les investissements directs étrangers<sup>48</sup>.

Pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les questions relatives aux investissements directs étrangers sont devenues de plus en plus d'actualité, mais les différends relatifs aux dettes des gouvernements continuaient d'être plus importants<sup>49</sup>.

Les mesures gouvernementales affectant la propriété étrangère ont cependant commencé à se généraliser. Parmi elles, les plus significatives ont été :

- la réforme agraire, conséquence de la révolution mexicaine et de la Première Guerre mondiale dans certains pays de l'Europe centrale et orientale ;

---

<sup>46</sup> SHEA D. – *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minnesota Press, 1955

<sup>47</sup> FIAS – op.cit.p.9

<sup>48</sup> SEIDL-HOHENVELDERN I. – *Collected Essays on International Investments and on International Organisations*, Kluwer Law International, 1998, p.191

<sup>49</sup> SHAWCROSS L. – op.cit.p. 342

- la nationalisation de toute l'économie dans la nouvelle Union Soviétique ;
- la nationalisation des ressources naturelles, comme ce fut le cas au Mexique.

La révolution soviétique a représenté un moment de crise pour le droit international des investissements, avec les nationalisations des biens étrangers non suivies d'indemnisations et le refus d'accueillir des investissements étrangers en Russie. Cette situation a mis en évidence la fragilité de la protection juridique internationale des biens étrangers, et la nécessité d'y remédier. L'heure n'était cependant pas venue, les circonstances politiques écartant alors « toute perspective de réglementation internationalement négociée de protection des investissements étrangers<sup>50</sup> ».

Les questions juridiques qui apparaissaient devenaient de plus en plus difficiles à résoudre avec les règles classiques de droit international. Ces règles, qui s'étaient développées dans certaines conditions, étaient conçues pour appliquer des mesures individuelles et pour protéger les personnes physiques, souvent à la suite des mouvements sociaux ou des changements de souveraineté dans les territoires. De ce fait, les révolutions nationalistes en Amérique latine, puis en Europe centrale, sans parler de la révolution soviétique, ont fait obstacle à l'application des règles classiques du droit international, notamment en matière d'expropriation. Ainsi, les nationalisations soviétiques et surtout mexicaines (1938), représentèrent les premières remises en cause de l'ordre juridique international.

La correspondance diplomatique entre les Etats-Unis et le Mexique dans les années 1930, concernant la nationalisation des terres et des holdings pétroliers détenus par des nationaux des Etats-Unis, illustre clairement les difficultés d'arriver à une position généralement

---

<sup>50</sup> SALEM M.(2000) – op.cit. p.370

acceptée : « C'est donc à la faveur des expropriations agraires mexicaines de 1938, qu'on doit la formule du Secrétaire d'Etat américain Hull pour l'indemnisation « prompte, adéquate et effective<sup>51</sup> ».

Le Mexique invoquait le droit souverain d'un Etat de contrôler ses propres ressources naturelles et l'absence de règles de droit international imposant une obligation de paiement d'une compensation totale dans le cas des mesures généralisées. A l'opposé, les Etats-Unis, tout en reconnaissant le droit du gouvernement de nationaliser la propriété, insistaient pour qu'une compensation « prompte, adéquate et effective » soit demandée dans tous les cas d'expropriation d'étrangers.

En doctrine juridique, c'est sur la base de ce précédent que s'est établi un consensus entre les principaux pays développés, essentiellement européens, sur le principe d'une compensation prompte, adéquate et effective, en vue de protéger les investissements directs étrangers contre le risque d'expropriation<sup>52</sup>. Au surplus il a été admis que l'expropriation d'investisseurs étrangers n'était permise que pour des motifs d'utilité publique. Cette règle constitua le principal contenu du droit international tendant à protéger les investissements à l'étranger<sup>53</sup>.

Le mouvement de contestation de l'ordre juridique international va toutefois s'amplifier avec la décolonisation et l'entrée en scène des pays en développement nouvellement indépendants. Selon la littérature, la décolonisation des territoires africains a précipité l'édiction de premiers textes spécifiques à l'investissement<sup>54</sup>. Le processus de décolonisation de territoires conduit à des changements de souveraineté et à l'apparition de nouveaux acteurs étatiques sur la scène internationale, ce qui exige une clarification des rapports entre ces

---

<sup>51</sup> SALEM M. – op.cit.p.387

<sup>52</sup> HATTAB-CHRISTMANN M., ISLA A. – op.cit.p.3

<sup>53</sup> SALEM M. – op.cit.p.376

<sup>54</sup> KAHN Ph. – « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone », *JDI*, 1965, p.341

nouveaux Etats et les investisseurs : « La force du phénomène ne conduit pas seulement à la réappropriation d'espaces. Elle offre au langage juridique le concept économique d'investissement<sup>55</sup> ».

En 1938, le stock mondial des investissements étrangers avait augmenté jusqu'à 66 milliards de dollars, toujours avec les compagnies anglaises en première position parmi les investisseurs les plus importants. Plus de la moitié des investissements étaient réalisés dans les pays en développement, plus précisément en Amérique latine et en Asie, surtout dans l'agriculture, les industries minières et les infrastructures<sup>56</sup>. On constate ainsi, en l'espace de moins de vingt-cinq ans, entre 1914 et 1938, la multiplication de plus de quatre fois du montant mondial du stock des investissements étrangers. C'est le signe précurseur de son fulgurant développement ultérieur.

Pendant la période entre les deux guerres mondiales, malgré les progrès en matière d'organisation internationale et de règlement de différends, l'évolution du droit se heurta partout à un nationalisme économique exacerbé. En effet, malgré leur importance, les investissements internationaux de l'époque finançaient surtout les exploitations minières ou l'infrastructure ferroviaire et « une véritable stratégie multinationale était pratiquement inexistante<sup>57</sup> ».

Cependant, les investissements miniers étaient régis par des contrats conclus entre l'entreprise étrangère et le pays d'accueil. Le contentieux était soumis à l'arbitrage international, ainsi « échappant aux compétences juridiques du pays du gisement<sup>58</sup> ».

Le débat autour du droit des investissements reposait sur deux revendications nettement opposées : « assujettissement étroit à l'ordre

---

<sup>55</sup> BENCHENEB A. – « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.180

<sup>56</sup> FIAS – op.cit.p.10

<sup>57</sup> MICHALET CA. (2000) – op.cit. p.433

<sup>58</sup> SALEM M. – op.cit.p.371

juridique interne pour les uns, recours au contrat avec référence expresse aux prescriptions du droit international, pour les autres<sup>59</sup> ». Cette controverse juridique n'était au demeurant que l'expression sur le terrain juridique de confrontations d'intérêts économiques entre les pays exportateurs de capitaux et les pays d'accueil.

C'est à cette époque, que les Etats ont commencé à établir des organisations internationales économiques pour mieux structurer la vie internationale. Plus précisément, à partir de 1944, on assiste à la création d'organisations à caractère financier, dont le Fonds Monétaire International (FMI) et la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) qui ont été immédiatement dotées de compétences significatives et intégrées au système des Nations Unies.

## ***2. La période 1945-1970 : suspicion et hostilité à l'égard des investissements étrangers***

Depuis 1945 on assiste à une prolifération d'organisations internationales économiques, qu'elles soient à vocation mondiale, transrégionale ou régionale, avec des objectifs plus ou moins étendus. Les expériences de l'entre-deux-guerres avaient fait prendre conscience de la nécessité d'étendre l'organisation mondiale à de nombreux domaines économiques. Ainsi, « en tirant les leçons d'expériences chaotiques liées à la protection diplomatique de l'Etat de l'investisseur, a commencé la reconstitution d'un ordre économique libéral<sup>60</sup> ».

Au tout début de l'après-guerre, tout le monde réalisait, au plan national aussi bien qu'international, la nécessité et les avantages possibles de l'investissement direct étranger. Néanmoins, pendant une

---

<sup>59</sup> SEIDL-HOHENVELDERN I. – op.cit.p.195

<sup>60</sup> GUILLAME P.; DELFAUD P. – *Nouvelle histoire économique: le XXe siècle*, Ed. Armand Colin, Paris, 1992, p.197

période qui s'est étendue sur près de trois décennies et qui a culminé dans les années 70, l'attitude générale à l'égard des investissements étrangers dans nombre de pays relevait d'une grande susceptibilité : « On constatait dans la plupart d'entre eux une certaine méfiance à l'égard de l'investissement direct étranger, largement du fait de considérations idéologiques, comme en témoignent les nationalisations opérées après la guerre en Europe occidentale et l'éveil du communisme en Europe orientale<sup>61</sup> ».

Dans les nouveaux pays issus de la décolonisation, les mouvements d'indépendance et les expropriations se sont multipliés. Dans le cadre juridique international renouvelé, les droits nationaux sont assujettis au droit international. L'idée serait donc que l'investisseur dispose d'instruments lui permettant d'assurer par lui-même la protection de ses intérêts : « Il n'est plus question de se satisfaire des traités d'amitié, de commerce et de navigation qui ne prennent en charge qu'accessoirement la protection des biens au profit des personnes<sup>62</sup> ».

C'est dans ce souci qu'avait été préparée la Charte de la Havane, première tentative de régler à l'échelon intergouvernemental les investissements étrangers. Conçue comme un traité multilatéral, elle devait compléter les Accords de Bretton Woods et créer, aux côtés de la Banque mondiale et du FMI, une organisation internationale du commerce. Très ambitieuse, elle traitait des questions tarifaires, domaine gouvernemental par excellence, pour réglementer les pratiques commerciales restrictives ainsi que protéger les investissements à l'étranger<sup>63</sup>, deux aspects de l'activité internationale qui impliquent à la fois l'entreprise et l'Etat<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> FATOUROS A.- « Vers un accord international sur l'investissement direct étranger ? », in *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, OCDE, Paris, 1995, p.52

<sup>62</sup> BENCHENEB A. – op.cit.p.181

<sup>63</sup> L'article 11 mentionnait des règles de traitement applicables aux « droits et intérêts » de ressortissants des pays membres de l'organisation.

<sup>64</sup> L'article 12 de la Charte de La Havane prévoyait que les Etats membres de l'Organisation internationale du commerce qu'elle instituait devraient accorder des



Très libérale en matière douanière (ce sont les dispositions qui ont été reprises par le GATT), la Charte était nettement dirigiste à l'égard des entreprises. Pour les Etats il s'agissait de reconnaître que « l'investissement international contribue au développement économique, à la reconstruction et au progrès social<sup>65</sup> ».

Les Etats-Unis ont fait des propositions pour des dispositions sur les investissements étrangers afin d'assurer la protection des investisseurs, mais pendant la dernière phase de négociation les pays d'Amérique latine ont souhaité ajouter d'autres précisions. Ces dernières étaient en opposition avec les intérêts des investisseurs des pays développés, ce qui a entraîné son échec.

Comme à cette époque, les Etats-Unis constituaient la source la plus importante d'investissements directs étrangers, le refus de ratification de la part du Sénat des Etats-Unis a mis fin au destin de la Charte, car aucun autre Etat n'a jugé utile d'assumer des engagements qui ne s'appliqueraient pas au principal pays investisseur, « Or c'est précisément le régime particulièrement contraignant prévu en matière d'investissements internationaux qu'avait emporté la décision américaine<sup>66</sup> ». Au niveau régional, une autre tentative, connue sous le nom d'*Accord économique de Bogota*, eut le même sort<sup>67</sup>. Tout porte à penser que les conséquences de cet échec ont été tirées, car les codes de conduite actuels ont finalement adopté des solutions opposées : forme non contraignante et dispositions de fond particulièrement flexibles.

L'échec des premières années de l'après-guerre a privé l'ordre juridique d'une réglementation dont la décolonisation allait faire ressentir le manque. Simultanément, « le cloisonnement des économies

---

possibilités raisonnables d'investissement aux capitaux étrangers, leur assurer des conditions suffisantes de sécurité et de ne pas pratiquer de discrimination à leur égard. Cette disposition n'est jamais entrée en vigueur, en raison de l'échec de ce traité, et elle n'a pas été reprise non plus dans un autre instrument universel.

<sup>65</sup> CNUCED - *International Investment Agreements: A Compendium*, 1996b, p.15

<sup>66</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.16

<sup>67</sup> OAS – *Economic Agreement of Bogota*, 2 May 1948, OAS Treaty Series, no.21, 1961

occidentales a été largement démantelé et l'expansion des multinationales dans les régions industrialisées s'est accélérée<sup>68</sup> ».

Les années 50 se sont caractérisées par l'entrée en scène des pays en développement, avec les revendications post-coloniales de la quasi-totalité des pays du Tiers-monde. Dans ce nouveau contexte, « les soucis des pays en voie de développement se sont concentrés sur les investissements directs étrangers réalisés dans les ressources naturelles et les industries de base<sup>69</sup> ».

Pour tous ces pays, l'objectif principal de leur politique était d'obtenir le contrôle de l'économie et des ressources naturelles, avec l'idée renforcée d'assujettir le plus étroitement possible l'investissement étranger au droit du pays d'accueil. Leurs gouvernements craignaient que le contrôle étranger sur l'exploitation de leurs ressources naturelles et sur les principales industries prive les pays en question de bénéfices économiques et compromette ainsi l'indépendance politique acquise récemment. A cette époque, on faisait dans ces pays une distinction aiguë entre les investissements anciens, faits pendant la période coloniale et les nouveaux, réalisés après l'indépendance.

En général, les pays en développement en tant que pays d'accueil, avaient vis-à-vis des investissements étrangers une attitude dualiste, partagée entre le besoin et les possibles bénéfices apportés, et de l'autre côté la conviction de devoir conserver le contrôle sur les investissements<sup>70</sup>.

Dans l'esprit de l'époque, ces pays ont exprimé leur contestation à l'égard de la doctrine Hull, qui selon eux, n'avait pas le statut de norme de droit international, d'une part parce que les nouveaux Etats n'avaient pas participé à sa conception, d'autre part parce qu'elle

---

<sup>68</sup> MICHALET CA. (2000) – op.cit. p.435

<sup>69</sup> BERGER S. – op.cit.p.42

<sup>70</sup> SHAWCROSS L. – op.cit.p. 345

remettait en question le principe de souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles<sup>71</sup>, perçue comme l'indispensable contrefort de la souveraineté politique<sup>72</sup>. Au cœur de leurs revendications se trouvait donc la volonté de disposer pleinement des ressources financières susceptibles d'être tirées de l'exploitation des sites de ressources naturelles. Les questions qui dominent au cours de cette période sont logiquement celle de l'indemnisation en cas de nationalisation et celle de la renégociation des contrats de concession, notamment pour l'exploitation des matières premières.

Cette attitude s'est retrouvée dans les résolutions et les études des Nations Unies concernant la nécessité pour les pays en développement d'une augmentation des flux des investissements directs étrangers<sup>73</sup>. Ainsi, en 1952, dans la Résolution 626 (VII), l'ONU établissait pour la première fois un lien explicite entre la souveraineté et « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles ». Par la suite, le nombre de cas de nationalisation et d'expropriation d'intérêts étrangers dans le secteur des ressources naturelles n'a cessé de croître jusqu'à la décennie suivante.

Pendant les années 1950-1960, au niveau international, l'orientation marquée pour les flux d'investissement était du Nord au Sud, des pays développés vers les pays en développement. Au niveau national, la plupart des pays en développement menaient des stratégies de développement orientées vers la substitution des importations. Ces stratégies visaient la croissance de l'industrie nationale derrière des barrières commerciales, avec des incitations à l'exportation, tandis que les importations étaient découragées ou interdites. Les gouvernements jouaient un rôle actif pour réglementer ou diriger le secteur privé, et ils

---

<sup>71</sup> KATZAROV K. – *Theory of nationalization*, Martin Nijhoff, The Hague, 1964

<sup>72</sup> ROSENBERG D. – *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Coll. Droit et Jurisprudence, Paris, 1983, p.24

<sup>73</sup> UN ECOSOC – 1957

étaient souvent « confrontés aux effets adverses des investissements directs étrangers, comme l'affaiblissement des entreprises nationales, dépendance économique et interférences politiques<sup>74</sup> ». Bien que il y ait eu alors une forte demande d'investissements faute des facteurs de production trop limités, les implantations des filiales des firmes étrangères étaient considérées avec réticence par les gouvernements et leurs administrations.

Plusieurs pays, pas seulement des pays en développement, ont imposé des conditions et des contrôles à l'entrée et à l'exploitation de l'investissement étranger<sup>75</sup>. Les pays en développement soumettaient les projets d'investissements à des conditions d'admission restrictives, définies dans des codes d'investissement spécifiques. Certaines clauses restrictives contenues dans ces codes étaient même parfois inscrites dans la constitution du pays<sup>76</sup>. Tous les projets devaient obtenir une autorisation de la part du gouvernement du pays d'accueil. Les dossiers soumis à l'examen d'une commission devaient présenter en détail le contenu du projet, avec des données prévisionnelles à moyen terme en matière de besoins de financement, d'équipements, de matières premières et de ressources humaines.

Il devait y avoir une évaluation des résultats d'exploitation pour la période des cinq premières années à venir, ainsi que la liste des biens et services qu'ils auraient besoin d'importer, le nombre du personnel, avec tous les détails sur leur mouvement pendant les années de leurs futures activités<sup>77</sup>. La procédure était très longue et le processus de sélection était alourdi par le nombre de critères à remplir par le projet d'investissement. Parmi les contraintes imposées aux projets d'investissements, les plus courantes étaient :

- « la limitation de la détention du capital social à 49 %, ce qui exigeait un partenariat sur place ;

---

<sup>74</sup> FIAS – op.cit.p.11

<sup>75</sup> MICHALET C. – op.cit.p.436

<sup>76</sup> Comme par exemple, dans le cas du Mexique

<sup>77</sup> SEIDL-HOHENVELDERN I. – op.cit.p.197

- les contraintes de performance avec l'obligation d'exporter une quantité minimale de la production locale de la firme ;
- les contraintes à contenu local ;
- les engagements de transfert de technologie ; etc.<sup>78</sup> ».

Le traitement infligé aux investissements étrangers avait souvent un caractère arbitraire et discriminatoire, justifié en partie par la volonté des pays d'accueil de préserver leur indépendance économique, sur fond de suspicion envers le rôle des firmes multinationales. A ces dernières était notamment reproché de « dénationaliser l'économie nationale et d'être incapables d'assurer un authentique transfert technologique<sup>79</sup> ». Dans certains pays, les activités de ces firmes étaient perçues comme une menace potentielle pour l'exercice de la souveraineté nationale. Malheureusement « ces politiques dissuadèrent les investissements directs étrangers<sup>80</sup> ».

Sur des marchés nationaux protégés contre les importations, les producteurs étrangers recevaient des incitations pour produire et vendre dans le pays, au lieu d'exporter. Pour ces raisons les investissements directs étrangers restaient concentrés dans les industries de substitution des importations. En même temps, les pays disposant de grands marchés intérieurs, comme le Brésil et le Mexique en Amérique latine, attiraient encore un grand volume d'investissements étrangers dans les industries protégées contre les importations<sup>81</sup>.

Pendant cette période, dans la relation entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, « la tendance partagée par la quasi-totalité des pays en développement visait à écarter tout ce qui était susceptible de limiter le caractère discrétionnaire de l'exercice des compétences de l'Etat sur son territoire<sup>82</sup> ».

---

<sup>78</sup> MICHALET C. – op.cit.p.440

<sup>79</sup> MUCCHIELLI J-L – *Multinationales et mondialisation*, Ed. Seuil, Paris, 1998, p.311

<sup>80</sup> SEIDL-HOHENVELDERN I. – op.cit.p.198

<sup>81</sup> FIAS – op.cit.p.11

<sup>82</sup> SALEM M - op.cit.p.370

En matière d'investissement étranger « c'est donc l'Etat qui définit le droit depuis son admission jusqu'à son éventuelle liquidation<sup>83</sup> ». En d'autres termes, l'investissement est strictement encadré par l'ordre juridique interne. Enfin, tout différend relatif à un investissement étranger devait être soumis aux juridictions nationales du pays d'accueil pour être réglé conformément au seul droit local. A cette époque, « tout est pensé pour faire en sorte que le caractère d'extranéité de l'investissement finisse par se dissoudre dans les exigences locales<sup>84</sup> ».

La création et le développement de la Communauté Economique Européenne établie en 1957, ont initié un mouvement vers l'intégration économique régionale, largement suivi après par d'autres groupes de pays, développés ou en développement, qui ont considérablement influé sur la situation des investissements directs étrangers.

Dans la confrontation des intérêts économiques entre les pays développés et ceux en développement, le processus d'intégration des normes régissant l'investissement étranger dans le droit international a été très difficile. Le droit international en matière d'investissements a traversé à ce moment une phase de grande incertitude.

Différentes initiatives tendaient à fixer les normes, mais à l'opposé de ce qui se passera plus tard, c'étaient les investisseurs qui cherchaient à fixer des limites à l'action des pays d'accueil. De ce fait, les instances de négociation interétatique se sont diversifiées. Il s'agissait en principe « de surmonter les réticences des pays du Tiers-Monde à l'égard de la protection internationale des investissements étrangers, par l'internationalisation du droit de l'investissement étranger<sup>85</sup> ».

---

<sup>83</sup> WEIL P. – op.cit.p.414

<sup>84</sup> SALEM M - op.cit.p.371

<sup>85</sup> SALEM M. - op.cit.p.374

Une des premières tentatives pour juridiciser le concept d'investissement doit être mise au crédit de l'OCDE. D'une manière indirecte, l'investissement est perçu à travers les mouvements de capitaux. Dans les Annexes au Code de libération des mouvements des capitaux, de 1961, il est question de l'investissement direct, caractérisé par un flux inscrit dans la durée et par un contrôle de la gestion de l'activité en cause<sup>86</sup>. Il faut néanmoins préciser que le Code de libération ne couvre que les transactions entre les résidents de deux pays constitutives de l'OCDE, donc uniquement les transferts nets ou, en d'autres termes de « nouveaux » investissements, ainsi que leur liquidation. En revanche, il ne prend pas en compte le réinvestissement des bénéfices dans le pays d'accueil, que ce soit dans l'entreprise même ou dans une autre entité : « Il saisit donc l'investissement comme un mouvement épisodique de capital, non comme la résultante de l'activité continue de l'entreprise<sup>87</sup> ».

Parallèlement, au sein des Nations Unis, se sont poursuivis les débats concernant l'ancrage du droit de l'investissement étranger dans l'ordre public international, et c'est en 1962, avec une autre résolution, que l'on parle pour la première fois d'une souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>88</sup>. Ainsi était reconnu le droit des pays en développement de contrôler et de nationaliser les investissements s'y rapportant.

Cette résolution, qui constituait un compromis important entre des positions opposées, prévoyait également le versement d'un dédommagement « adéquat » pour toute prise de possession, et le respect des accords signés entre les investisseurs étrangers et les gouvernements<sup>89</sup>. En cas de différend, l'arbitrage ou le règlement international ne pourrait intervenir qu'une fois épuisées les voies

---

<sup>86</sup> OCDE – *Introduction to the OCDE Codes of Liberalization of Capital Movements and Current Invisible Transactions*, Paris, 1995, p.11

<sup>87</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.16

<sup>88</sup> Résolution 1803, XVII, 14 décembre 1962

<sup>89</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.18

nationales de recours. Bien qu'elle soit restée comme une référence pour l'évolution du droit coutumier international en matière d'investissements, elle « reflète une conception qui demeure très fortement imprégnée par les considérations de souveraineté<sup>90</sup> », surtout en ce qui concerne l'admission des investissements étrangers.

Visant l'aspect spécifique de la protection des investissements directs étrangers, il faut mentionner la Convention pour le « Règlement des différends concernant les investissements entre les Etats et les nationaux des autres Etats » (CIRDI), réalisée sous l'égide de la Banque Mondiale et signée en 1965. Dès sa naissance, le mécanisme de la Banque Mondiale sera condamné par les Etats latino-américains et il ne connaîtra pas un grand succès, emportant surtout l'adhésion de pays peu favorisés. Toutefois, malgré une participation assez limitée au début, le nombre d'Etats participants à cette Convention s'est élargi considérablement depuis, surtout pendant les années 1980, pour arriver à 134 Etats engagés actuellement<sup>91</sup>.

Cet instrument juridique, dans son article 42, précisait que les relations juridiques entre un Etat et un investisseur étranger pouvaient être régies par « des règles de droit international ». Ainsi il écartait le mécanisme de la protection diplomatique au profit des procédures spécifiques de règlement des différends relatifs aux investissements. Nombre d'auteurs et de tribunaux arbitraux ont tenté de minimiser la portée de la référence explicite au droit international, ce qui « témoigne de l'hostilité qui persiste encore à l'égard de la soumission des rapports entre un Etat et un investisseur étranger au droit international<sup>92</sup> ».

---

<sup>90</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – *Droit international économique*, Précis, 1<sup>re</sup> édition, Ed. Dalloz, 2003, p.404

<sup>91</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats:Trente années d'activité du CIRDI*, Ed. Juris Classeur, Coll. Travaux du CREDIMI, 2005, p.23

<sup>92</sup> WEIL P. – op.cit.p.415



A peu près à la même date, au début des années 1960, les pays développés se sont engagés dans un processus de libéralisation graduelle des investissements. Le deuxième Code de libéralisation de l'OCDE, pour les Opérations courantes dans les services, établit ainsi des règles obligatoires pour une libéralisation continuelle et offrait un mécanisme effectif pour une application et une expansion graduelles<sup>93</sup>.

Comme les tentatives de conclusion de traités multilatéraux stipulant des normes de droit international applicables à l'investissement étranger n'ont pas obtenu le succès escompté, au début des années 1960 a été entamé le processus de négociation des accords bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements<sup>94</sup>. La conclusion de ces accords a été recommandée très tôt par la Charte de la Havane, pendant que des efforts ont été faits sans succès pour inclure l'investissement dans les traités internationaux traditionnels<sup>95</sup>.

Toutefois, les traités bilatéraux qui portaient uniquement sur la protection des investissements (et dans une moindre mesure sur leur promotion) ont eu plus de succès, bien qu'ils aient proliféré seulement plus tard, dans les années 1980 et 1990. Si pendant la période 1959-1969 ont été signés 72 traités, leur nombre a doublé dans les années 1970, et a été démultiplié encore pour arriver à un total de 2495 traités en 2005<sup>96</sup>.

Par ces accords, un nombre croissant de pays en développement ont souscrit aux standards de base pour la protection et le traitement des investissements, bien qu'ils les aient rejetés au niveau multilatéral<sup>97</sup>. En ce qui concerne les questions relatives à l'entrée sur

---

<sup>93</sup> OCDE (1995) – op.cit.p.13

<sup>94</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.18

<sup>95</sup> HATTAB-CHRISTMANN M., ISLA A – op.cit.p.6

<sup>96</sup> CNUCED: [globstat.unctad.org](http://globstat.unctad.org)

<sup>97</sup> SALEM M. – « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal de Droit International*, 1986, vol.113, p. 581

le marché national et l'installation des investissements étrangers sur le territoire, elles ont été laissées à la discrétion du pays d'accueil, en tant que partie signataire de l'accord<sup>98</sup>.

Malgré leur prolifération, les accords bilatéraux n'ont pas stabilisé le régime des investissements internationaux. A l'exception de l'Asie du Sud-Est, de plusieurs Etats arabes, et plus récemment de la Chine, la plupart des grands pays d'accueil sont restés à l'écart du mouvement.

A l'inverse, nombre de pays économiquement moins attrayants y ont participé volontiers<sup>99</sup>. Toutefois, la plupart de ces traités n'ont jamais été mis en application faute d'investissements réellement pratiqués, ou parce que les Etats d'origine ont renoncé à s'en prévaloir en raison de la situation économique très précaire des Etats d'accueil<sup>100</sup>. Pour une période de temps encore, les traités ne règlent en détail que les questions d'expropriation. En matière de règlement des différends, la majorité de ces traités se limite aux méthodes diplomatiques traditionnelles, bien que certains d'entre eux prévoient l'arbitrage par recours au CIRDI<sup>101</sup>.

C'est à cette époque qu'une doctrine d'inspiration américaine a préconisé l'octroi d'un statut quasi-international aux entreprises et aux accords qu'elles passent avec les pays d'accueil. Les milieux d'affaires internationaux se sont inspirés de cette tendance qui leur était favorable pour préconiser la réglementation de la conduite des Etats à leur égard. Telle fut notamment l'idée portée par la section américaine de la Chambre de commerce internationale (CCI)<sup>102</sup>. Ainsi apparaît l'expression, à forte connotation libérale, de « code de conduite ». Ce code visait avant tout à imposer des restrictions à l'action des pouvoirs publics des pays d'accueil, non à celle des entreprises.

---

<sup>98</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.21

<sup>99</sup> Parmi les pays socialistes, la Roumanie a ouvert la voie en 1976, la Chine l'a imité dès 1982 et les autres pays de l'Est à partir de 1986

<sup>100</sup> NGUYEN Q. D. ; DAILLIER P. ; PELLET A. – *Droit international public*, 5e édition, L.G.D.J., 1994, p.582-588

<sup>101</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.21

<sup>102</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – op.cit.p.27

Cependant cette tendance était loin d'être générale, et elle ne parviendra pas à se consolider si facilement, car à la veille des années 70, le climat général n'était pas favorable à une protection accrue des investisseurs<sup>103</sup>. De plus, l'essor des entreprises multinationales et surtout les abus dont certaines d'entre elles se sont rendues responsables, ont fait tomber en discrédit les revendications des investisseurs<sup>104</sup>.

Ainsi, en 1966 le gouvernement du Canada, préoccupé par le rapatriement massif de capitaux des Etats-Unis, publia des « Principes directeurs de bonne conduite des sociétés<sup>105</sup> ». Par sa souplesse d'interprétation et son caractère juridiquement non contraignant, ce document préfigurait les codes internationaux à venir. C'est à peu près à cette époque qu'ont été jetées les bases des mécanismes conventionnels qui, aujourd'hui encore, constituent l'essentiel du régime des investissements Nord-Sud.

L'une des premières et des plus élaborées des tentatives de négociation au niveau multilatéral, eut pour cadre l'OCDE, lorsque, en 1967, a été adopté par le Conseil de l'Organisation le Projet de Convention sur la protection des biens étrangers. Même si ce projet a été finalement abandonné, il a servi de modèle à la plupart des traités bilatéraux de protection des investissements. L'Allemagne fédérale<sup>106</sup> et la Suisse<sup>107</sup> ont été les premières à conclure avec des pays en développement des traités de ce genre.

---

<sup>103</sup> MERCIAI P. – *Les entreprises multinationales en droit international*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1993, p.24

<sup>104</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – *Les firmes multinationales*, Coll. Thémathèque, Ed. Vuibert, Paris, 1995, p.12

<sup>105</sup> “*Some Guiding Principles of Good Corporate Behaviour for Subsidiaries in Canada for Foreign Companies*”, Ottawa, Department of Trade, 1967

<sup>106</sup> Traité relatif à l'encouragement et à la protection des investissements de capitaux, conclu le 25 novembre 1959 entre l'Allemagne fédérale et le Pakistan

<sup>107</sup> Traité relatif à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux, conclu entre la Suisse et la Tunisie, le 2 décembre 1961

Bientôt suivis par la plupart des pays exportateurs de capitaux, ces deux Etats restent, avec la France et le Royaume-Uni, à la tête des réseaux d'accords les plus denses<sup>108</sup>.

Dès la fin des années 1960 c'est la conduite des entreprises qui est remise en cause. Malgré la complexité des problèmes relatifs au développement, « ce ne furent pas les gouvernement des pays en développement qui revendiquèrent les premiers le contrôle des activités des multinationales. Ils ont été devancés en la matière par les milieux syndicaux ainsi que par certains pays d'accueil occidentaux<sup>109</sup> ».

### ***3. Les années 1970 : méfiance à l'égard des investissements étrangers***

Pendant les premières années de la décennie 70, le nombre des cas de nationalisations, au même titre que les législations restrictives et discriminatoires dirigées contre les investisseurs étrangers, avaient atteint leur plus haut niveau. Le phénomène économique qui a marqué cette période a été une hausse brutale du prix du pétrole et le déclenchement de la crise de l'énergie.

De ce fait on a assisté à une hausse de prix généralisée des produits de base, avec des répercussions immédiates sur les investissements directs étrangers. Ainsi, les prix élevés ont stimulé les investissements dans les secteurs de l'industrie extractive, notamment les secteurs du pétrole et du gaz naturel. Les pays qui en ont bénéficié le plus furent le Congo, l'Equateur, l'Indonésie et le Nigeria<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.21

<sup>109</sup> MUCCHIELLI J-L – op.cit.p.22

<sup>110</sup> FIAS – op.cit.p.17

Directement liés à ce premier phénomène, les excédents de balance des paiements pour les pays exportateurs des produits de base ont fourni une source abondante de capital disponible pour les investissements. Ces capitaux sont entrés dans les pays en développement par l'intermède des emprunts de grande envergure réalisés au niveau national auprès de banques commerciales<sup>111</sup>. Il en est résulté que les pays en développement ont alors éprouvé moins d'intérêt à attirer les investissements directs étrangers. Ainsi, quelques pays ayant bénéficié suffisamment de la hausse de prix de produits de base ont répondu à leurs besoins d'investissement en sollicitant l'épargne nationale.

Cet afflux économique vers plusieurs pays en développement a encouragé leurs gouvernements à poursuivre des politiques principalement orientées vers le marché intérieur et à réduire sensiblement les relations économiques avec l'économie mondiale. Dans ce contexte un nombre important de pays a renforcé les *politiques restrictives* à l'égard d'investissements directs étrangers<sup>112</sup>. En réponse, les investisseurs ont réduit leurs investissements dans plusieurs pays pour montrer aux décideurs politiques leur hostilité vis-à-vis de telles politiques. Parmi les pays qui ont été affectés par cette réaction, la Colombie, le Pakistan et le Kenya ont vu le flux d'investissements étrangers s'infléchir de façon significative au cours des années 70. Dans d'autres pays comme le Chili, l'Egypte, le Venezuela et la Zambie, malgré leurs abondantes ressources naturelles, a eu lieu un processus massif de désinvestissement, à la suite de politiques nationales favorables uniquement aux investissements publics nationaux dans l'industrie extractive<sup>113</sup>.

Au total, sur l'ensemble du monde, le flux des investissements directs étrangers vers les pays en développement pendant les années

---

<sup>111</sup> BERGER S. – op.cit.p.34

<sup>112</sup> MICHALET C. – op.cit.p.436

<sup>113</sup> FIAS – op.cit.p.17

1970 a stagné<sup>114</sup>. L'épisode plus significatif en ce sens est intervenu en 1970, lorsque la Confédération internationale des syndicats libres (CISL), avança l'idée d'un Code de conduite, dont l'élaboration serait confiée aux Nations Unies. Plus tard, en octobre 1975, la CISL adoptera sa Charte de Mexico, qui contenait « les revendications syndicales pour le contrôle législatif des sociétés multinationales<sup>115</sup> ». Celle-ci présente pour la première fois la conception centrale des revendications syndicales. Elle était conçue comme un Code de conduite destiné à susciter une révision de la législation sociale dans tous les Etats concernés.

En d'autres termes, « les dispositions de ce Code devraient être reçues dans les différents droits nationaux, effet qui ne peut être atteint en pratique que par une convention multilatérale »<sup>116</sup>. Par la suite, les milieux syndicaux occidentaux défendront, aux côtés de gouvernements du tiers monde, l'idée de Codes de conduite formellement obligatoires<sup>117</sup>.

A la même époque, dans les pays en développement, ont vu le jour un grand nombre de règlements édictés par certaines organisations d'intégration régionale, comme le Pacte Andin. Parmi les pays en développement, seuls les Etats du Pacte ont mené à bien la création d'un système juridique régional d'encadrement des activités des sociétés multinationales, portant en particulier sur leur politique d'investissement. A cet effet, ils ont adopté en décembre 1970, un Code commun des investissements, amendé plusieurs fois depuis lors<sup>118</sup>.

L'objectif recherché était d'écarter les multinationales de certains secteurs jugés essentiels pour la définition d'une politique de

---

<sup>114</sup> OCDE (1999) – p.22

<sup>115</sup> CNUCED ( 1999) – op.cit.p.31

<sup>116</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.67

<sup>117</sup> BREWER T. ; YOUNG S. – *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, 1998, p.26

<sup>118</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.68

développement (activités énergétiques, en particulier), de favoriser la constitution d'entreprises mixtes d'origine régionale et d'harmoniser les critères d'autorisation d'investissements pour éviter des surenchères entre Etats latino-américains en période de pénurie de capitaux.

En ce sens, la Décision 24 du Pacte Andin, adoptée en 1971, imposait de strictes procédures d'admission et d'autres contrôles sur les investissements directs étrangers ainsi que sur les transferts de technologies. Elle comportait aussi une clause exigeant le désinvestissement des entreprises étrangères après un certain nombre d'années.

En réaction à ces initiatives multiples, les milieux d'affaires ont progressivement adopté une nouvelle approche, plus modérée. Il s'est agi d'un nouveau *Guide pour les investissements internationaux*, élaboré par la CCI de Paris, qui prévoit des règles de bonne conduite à l'intention des entreprises, et non plus seulement à l'adresse des pays d'accueil, comme l'avait prévu initialement la section américaine de cette association. Le Guide de la CCI reste encore le plus important exemple d'auto réglementation des entreprises<sup>119</sup>.

Au fur et à mesure, l'expression « Code de conduite » s'adapta à cette nouvelle conception, complètement opposée à la précédente. Un peu plus tard, la revendication de codes de conduite correspondant aux besoins et aux conditions propres aux pays en développement sera inscrite par l'Assemblée générale de Nations Unies dans le Programme d'action pour un nouvel ordre économique international<sup>120</sup>.

Le mouvement « contestataire » des pays en développement s'est poursuivi. Inquiets quant au contrôle des ressources énergétiques, ils ont invoqué la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles : « Il s'agissait de rappeler que la souveraineté politique n'est

---

<sup>119</sup> International Chamber of commerce (CCI) – *Guidelines for International Investment*, Paris, 1972

<sup>120</sup> ONU - *Résolution 3202 du 21 mai 1974*, AGNU, 6<sup>e</sup> sess. extr., suppl. no1, p.5

souvent qu'une souveraineté formelle, et que seule la souveraineté économique était une souveraineté réelle<sup>121</sup> ». Ils défendaient en cela l'idée que la préservation de la souveraineté passait par la maîtrise des flux d'investissement qui arrivaient sur leurs territoires.

Dans ce contexte, « la relation entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil baignait dans la méfiance : chacun se méfait de son partenaire. L'Etat d'accueil craignait d'entrer dans une relation économique où il serait condamné à avoir le dessous, et l'investisseur redoutait une relation inégale où il serait affronté à la souveraineté de l'Etat. C'était l'époque où l'idéologie dominante était fondamentalement hostile à la domination économique des pays du Tiers Monde, dits du Sud, par les multinationales des pays occidentaux, dits du Nord<sup>122</sup>».

Les investisseurs ont essayé de se prémunir, par des clauses de stabilité ou d'intangibilité, contre des changements législatifs ou d'autres interventions gouvernementales susceptibles de bouleverser l'équilibre contractuel. Les pays en développement ont manifesté une forte opposition à ces tentatives de « dénationalisation » des contrats d'Etat. Parvenus à s'unir pendant un temps, ils vont s'efforcer de peser dans les assemblées des institutions internationales, au sein desquelles ils sont largement majoritaires<sup>123</sup>. Leurs demandes ont trouvé une expression officielle dans une série de textes à caractère programmatique contenus dans les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Ce ne fut toutefois pas sans opposition.

Les plus significatives sont la Déclaration de 1974, pour établir un Nouvel Ordre Economique international, et son Programme d'action<sup>124</sup>, ainsi que la Charte des droits et de devoirs économiques des Etats<sup>125</sup>. Cette dernière, la Résolution 3281, essayait surtout de rétablir

---

<sup>121</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – op.cit.p.403

<sup>122</sup> WEIL P. – op.cit.p.412

<sup>123</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.23

<sup>124</sup> Résolution 3201(S-VI) et 3202(S-VI)

<sup>125</sup> Résolution 3281, XXIX, 12 décembre 1974



les principes juridiques de base pour gouverner les relations économiques internationales, en se concentrant sur les demandes des pays en développement en faveur de l'indépendance économique, en soulignant la légitimité de leurs approches<sup>126</sup>.

Les dispositions de la Charte sur le traitement des investissements directs étrangers soulignaient le rôle des gouvernements des pays d'accueil. Elles insistaient pour l'application de la juridiction du pays d'accueil et du contrôle national sur les investissements étrangers et surtout sur l'activité des entreprises multinationales.<sup>127</sup> Ainsi a été « fermement et intégralement circonscrit le droit de l'investissement étranger dans les ordres juridiques nationaux, à l'abri des interférences du droit international<sup>128</sup> ».

A cette époque les divergences et les conflits entre les pays développés et en développement étaient à leur apogée. En raison de ce rapport de forces, la progression de l'ancrage du droit de l'investissement étranger dans l'ordre public international a repris son mouvement grâce aux accords bilatéraux de protection des investissements.

En relation directe avec la crise de l'énergie, une Conférence pour la Coopération Economique Internationale, s'est tenue à Paris entre 1975 et 1977. Dans son cadre, les représentants des 27 pays développés et en développement, ces derniers étant des pays exportateurs de pétrole, ont mené des négociations sur l'énergie, le commerce et la finance, y compris sur les investissements directs étrangers. Cette conférence a permis la conclusion d'accords sur un nombre important de questions inscrites à l'agenda. Néanmoins, des

---

<sup>126</sup> VIRALLY M. – « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats: Notes de lecture », AFDI, 1974, vol.20, p.61

<sup>127</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.23

<sup>128</sup> SALEM M. – op.cit.p.378

divergences subsistèrent sur quelques points critiques qui n'avaient pu trouver de solution<sup>129</sup>.

Au milieu des années 70 les relations Nord-Sud étaient en pleine effervescence<sup>130</sup>. L'émergence de vastes groupes multinationaux a donné lieu à de vives polémiques sur leur rôle, ainsi que sur les effets économiques et sociaux de ces ensembles d'entreprises sur le développement des pays d'accueil.

Le débat était très vif entre d'une part ceux qui étaient favorables à la présence des multinationales afin d'améliorer le bien-être des populations, et d'autre part ceux qui les voyaient comme une menace pour les industries nationales, entraînant dans leur évolution la délocalisation économique et la dépendance. Plus inquiétant encore, étant donné le pouvoir d'influence des multinationales sur le développement local, social et politique, certains auteurs commençaient à les regarder comme une menace à la liberté politique des Etats et à la diversité culturelle<sup>131</sup>.

Cette divergence d'opinion a eu un impact direct sur les effets, en termes de coûts et de bénéfices, des investissements directs étrangers. Dans plusieurs pays en développement, au niveau national, et occasionnellement au niveau régional, ont été établies des structures de contrôle, à travers des procédures d'admission très élaborées, pour les entrées d'investissements et les opérations des entreprises multinationales. Il s'agissait de s'assurer que l'activité des multinationales servait aux besoins de développement du pays d'accueil, tels que déterminés par le gouvernement<sup>132</sup>.

Au niveau national, les procédures de sélection prévues dans les codes pour l'investissement, ont été combinées fréquemment avec des

---

<sup>129</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.22

<sup>130</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.24

<sup>131</sup> BREWER T.; YOUNG S. – op.cit.p.40

<sup>132</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.25

incitations fiscales et d'autres mesures qui visaient à attirer et, en même temps, à réglementer les investissements directs étrangers<sup>133</sup>.

Cependant, durant cette période, de nombreux responsables politiques demandaient l'établissement d'un Code de bonne conduite pour les entreprises multinationales.

En 1974, un Comité des sages réuni par l'ONU proposa l'instauration d'un Accord général sur les investissements internationaux<sup>134</sup>. Aussi, en 1975, le secrétaire d'Etat américain, Henry Kissinger, proposa-t-il dans son discours devant l'Assemblée générale de l'ONU, un Code de conduite pour les entreprises multinationales.

Sous l'égide de l'OCDE, les efforts pour établir des standards pour l'activité des entreprises multinationales ont mené à des négociations, pour « des Codes internationaux de conduite » qui ont été adoptés sous une forme légale, sans caractère obligatoire<sup>135</sup>. En 1976, le Conseil de l'Organisation a adopté une « Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales ». Dans cette déclaration a été inséré un Guide constitué sous forme de directives à l'adresse des entreprises multinationales. Principalement, elles exigent le respect des lois et des politiques du pays d'accueil, de même qu'elles établissent des standards internationaux de comportement<sup>136</sup>.

Ces directives sont toujours valables, après plusieurs reformulations partielles successives, et elles font actuellement l'objet d'une attention particulière, étant donné que le processus de révision se poursuit. Outre les directives du Guide, la Déclaration incluait des décisions adressées aux gouvernements. Ces décisions faisaient

---

<sup>133</sup> BRADLOW D.; ESCHER A. – *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p.52

<sup>134</sup> MUCHIELLI J. – op.cit.p.312

<sup>135</sup> METAXAS S. – *Entreprises transnationales et codes de conduite: cadre juridique et questions d'effectivité*, Ed. Schulthess, Zurich, 1988

<sup>136</sup> FATOUROS A. – *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, OCDE, CIME, sept.1999, DAFE/IME/RD (99)3

référence à plusieurs aspects spécifiques relatifs : aux traitements accordés aux entreprises multinationales, aux incitations fiscales et aux mesures dissuasives, ainsi qu'aux exigences imposées aux multinationales dans le cas des conflits<sup>137</sup>.

Cet ensemble d'instruments ont fourni des éléments importants pour établir un cadre régissant aussi bien la conduite que le traitement des activités des entreprises multinationales, sous la coordination de l'OCDE<sup>138</sup>. Des efforts ont été entrepris en parallèle dans le cadre du système des Nations Unies, où l'instrument le plus accompli a été le « Projet de Code de conduite des entreprises transnationales<sup>139</sup> ».

Après de longues négociations sur ce Projet de Code de Conduite - vers la fin des années 70 et jusqu'au milieu des années 80 - et malgré l'accord sur le contenu de plusieurs de ses clauses, nombre de points importants n'ont pas été abordés, notamment quant aux obligations du pays d'accueil. Au final, cet instrument n'a jamais été adopté, même sous une forme non obligatoire<sup>140</sup>.

Bien que le Projet de Code des Nations Unies et le Guide de l'OCDE soient relativement proches l'un de l'autre, l'envergure du Projet des Nations Unies était plus importante.

D'autres codes de conduite traitant de problèmes spécifiques ont aussi été négociés, avec des résultats différents : le Conseil de Direction de l'Organisation Internationale du Travail (ILO) a adopté en 1977 une Déclaration tripartite des Principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> OCDE - *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1997

<sup>138</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.25

<sup>139</sup> UN – *Draft United Nations Code of Conduct: Transnational Corporations*, Centre on Transnational Corporations, New York, 1976

<sup>140</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.26

<sup>141</sup> International Labour Office – *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Geneva, 1977

L'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté en 1980 une série de « Règles multilatérales équitables et principes et pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives », négociée sous l'égide de la CNUCED. Cependant, d'autres longues négociations ont porté au sein de la CNUCED sur un Code international de Conduite sur les transferts de technologie. Néanmoins, elles n'ont pas abouti à l'adoption d'un instrument final<sup>142</sup>.

Les négociations sur les codes internationaux de conduite, même sans aboutir à des accords, ont toutefois contribué à définir les obligations les plus importantes relatives au comportement des entreprises multinationales et à clarifier les normes pour leur traitement.

Il faut remarquer que tous les textes proposés ou adoptés ont largement répondu au but recherché initialement, notamment celui de réaffirmer la compétence des Etats d'accueil à déterminer leur politique nationale. En dépassant l'exigence d'être en conformité avec les lois locales et les politiques, ils ont cherché à formuler des règles internationales, qui ont spécifié des standards de conduite adéquate.

Dans ce contexte il faut évoquer encore une tentative qui allait à contre-courant de l'évolution générale: le projet d'un traité international contre la corruption. Comme « au milieu des années 70 éclatèrent plusieurs scandales internationaux impliquant de grandes entreprises, la CCI préconisa une nouvelle fois le recours à l'auto réglementation<sup>143</sup> ». A l'échelon intergouvernemental, les Etats-Unis prirent les devants, avec une loi adoptée pour punir les versements de pots-de-vin à l'étranger<sup>144</sup>. Par la suite, ce pays a cherché à obtenir des autres pays un engagement similaire, afin que les entreprises américaines ne soient pas pénalisées. Un avant-projet d'accord

---

<sup>142</sup> CNUCED – *International Investment Agreements: A Compendium*, 1996b

<sup>143</sup> CCI – op.cit.p.12

<sup>144</sup> Foreign Corrupt Practices Act, Public Law, no.95-213, 20 December 1977, U.S.Statutes, vol.91, p.1494

international sur les paiements illicites a été élaboré en 1978, mais faute de soutien suffisant, la négociation ne fut jamais achevée.

Toutes les tentatives, plus ou moins réussies, de réglementation de l'investissement direct étranger au niveau multilatéral, pendant les années 70, ont contribué au processus d'internationalisation du droit des investissements<sup>145</sup>. Malgré les controverses qui persistent toujours à l'égard de leur contenu, s'est imposée l'idée que les règles internationales étaient appropriées pour être appliquées aux investissements directs étrangers et aux entreprises multinationales.

#### ***4. Les dernières années du siècle : le grand retournement vers les investissements étrangers***

La stagnation des flux d'investissement des années 70 a continué pendant les premières années de la décennie suivante, car les pays en développement s'efforçaient de restaurer la stabilité économique face à la chute des prix de produits de base, à la récession dans les pays industrialisés et à l'accroissement des taux d'intérêt<sup>146</sup>. La croissance économique s'est faite attendre et le manque chronique de capital dans la plus grande partie des pays en développement s'est révélée être un obstacle presque insurmontable au développement.

En outre, les politiques économiques orientées vers l'intérieur ont conduit les entreprises publiques à accumuler les pertes. L'isolement face à l'économie mondiale mena à l'effondrement des exportations et à des déficits massifs des balances des paiements dans plusieurs pays. Selon les économistes, « la faiblesse du capital national a amené à un endettement extérieur. Le service de la dette a limité les importations des biens d'équipement et des services spécialisés, et, plus grave

---

<sup>145</sup> SALEM M. – op.cit.p.376

<sup>146</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – op.cit.p.45

encore, a asséché les bases de l'accumulation nationale<sup>147</sup> ». En raison de la rareté des prêts en capital, les gouvernements se sont retournés vers les investissements étrangers.

Tous ces facteurs n'ont pas tardé à déclencher la crise de la dette, qui a éclaté en 1982. A partir de ce moment, le FMI a entamé la mise en œuvre de programmes d'ajustement structurel et de conditionnalités. A travers ces programmes « le système bancaire international imposa des choix contraignants aux gouvernements, dans les nouveaux prêts »<sup>148</sup>.

En même temps, a eu lieu une prise de conscience de l'accroissement de l'écart technologique entre les pays du Nord et ceux du Sud. Certes, l'investissement dans les ressources naturelles demeure toujours important, mais « les investisseurs manifestent leur intérêt pour des investissements dans la production, les services et la technologie avancée<sup>149</sup> ». Face à une situation économique critique, un grand nombre de pays en développement se sont engagés à réorienter leurs économies vers la production du secteur privé, le commerce international et surtout, vers la compétitivité. Tout cela supposait « la diminution des tarifs et d'autres restrictions imposées au commerce, la convertibilité de la monnaie nationale pour les transactions courantes, et la libéralisation de l'environnement économique, dont, le plus important, la déréglementation des investissements<sup>150</sup> ».

La tendance générale à la libéralisation de l'environnement légal, réglementaire et institutionnel a eu comme conséquence le changement d'attitude à l'égard des investissements directs étrangers. Les négociations de l'Uruguay Round ont mis en évidence que les problématiques des investissements directs étrangers et du transfert de technologie étaient étroitement liées à la problématique du commerce

---

<sup>147</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.152

<sup>148</sup> BREWER T.; YOUNG S. – op.cit.p.73

<sup>149</sup> FIAS – op.cit.p.26

<sup>150</sup> CHESNAIS F. – *La mondialisation du capital*, Ed. Syros, Paris, 1997, p.31

international, perçues comme des modalités interchangeables dans le processus de la production internationale<sup>151</sup>.

L'environnement politique international a changé radicalement à cette époque : « La position des pays en développement dans les négociations est plus faible. La crise de la dette après le choc pétrolier a fini par rendre les pays en développement moins revendicatifs et leur cohésion était moins évidente<sup>152</sup> ». De l'autre côté, les pays développés se sont complètement rétablis de la crise énergétique.

Ces nouvelles réalités économiques ont fait évoluer la perception des Etats d'accueil au regard des investissements directs. Ce changement d'attitude a eu des raisons purement pragmatiques, surtout parce que les investissements étaient plus facilement disponibles par rapport à d'autres sources de financement, mais aussi parce qu'ils ne généraient pas de dettes pour le pays d'accueil. En outre ils apportaient « des avantages supplémentaires pour l'économie d'accueil, comme les technologies, le savoir-faire (*know-how*), les compétences et l'accès au marché<sup>153</sup> ». Les pays d'accueil, dont la majorité des pays en développement, se sont alors efforcés d'attirer les investisseurs étrangers car, par rapport à la période d'après-guerre, le contrôle sur les ressources naturelles n'était plus une priorité. L'intérêt de ces pays a basculé vers « le besoin d'investissements dans d'autres secteurs et la concurrence pour les attirer<sup>154</sup> ».

L'environnement économique international a été radicalement affecté par l'extension des entreprises multinationales et par l'accroissement de l'intégration mondiale. En ce qui concerne les politiques nationales, dans les pays développés où le besoin d'une intervention gouvernementale directe dans l'économie était depuis

---

<sup>151</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.29

<sup>152</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.152

<sup>153</sup> CREPEAU F.(sous la direction de) – *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p.23

<sup>154</sup> MICHALET M. – op.cit.p.434



longtemps largement acceptée, les approches orientées vers le marché ont bénéficié d'un élan politique<sup>155</sup>. Ces points de vue se sont répandus rapidement dans plusieurs pays en développement, en affectant directement leurs politiques économiques nationales.

La réussite de pays ouverts à l'investissement direct étranger et l'échec des pays fermés sont venus renforcer le doute sur la viabilité des différentes mesures restrictives que comportaient les codes d'investissements. Par la suite, « une grande partie des Codes d'investissements appliqués dans les pays en développement ont été progressivement révisés<sup>156</sup> ». Ainsi, le principe de discrimination fut abandonné, les exigences de performance furent aménagées et les dispositions réglementaires de moins en moins appliquées. Dans le même sens, les restrictions sur les opérations des filiales étrangères ont diminué considérablement; les investisseurs ayant de plus en plus la permission de transférer librement leurs profits et le capital hors du pays d'accueil. Avec l'accroissement du nombre des multinationales et l'ouverture des frontières, peu à peu les Etats renoncèrent à leur droit unilatéral de régir l'économie, et par extension, à définir le régime juridique de l'investissement. Ainsi, « le retrait généralisé des Etats de l'économie correspond donc à l'attente des opérateurs économiques qui ne supportent plus les carcans étatiques<sup>157</sup> ».

La fréquence des nationalisations a largement diminué et la solution de l'arbitrage international pour résoudre les conflits entre les investisseurs et les gouvernements d'accueil a été plus facilement acceptée. D'ailleurs, les années 80 et 90 ont donné au CIRDI l'occasion d'un second départ, ne serait-ce qu'avec l'adhésion de plusieurs Etats d'Europe du sud, du Moyen-Orient et d'Amérique centrale<sup>158</sup>. En même temps, « avec la signature de la Chine et de la Russie, la Convention de

---

<sup>155</sup> HATTAB-CHRISTMANN M., ISLA A – op.cit.p.6

<sup>156</sup> BREWER T.; YOUNG S. – op.cit.p.114

<sup>157</sup> BENCHENEB A. – op.cit.p.185

<sup>158</sup> Hormis quelques pays latino-américains et d'Europe orientale, les grands absents restent l'Espagne, le Canada et l'Inde

Washington a progressé sur la voie de l'universalité<sup>159</sup> ». Grâce au CIRDI, « il s'est construit dans le temps, un corpus juridique propre à ancrer dans l'ordre public international le droit de l'investissement étranger<sup>160</sup> ». Dans cet esprit, « les pays d'accueil cherchent à attirer les investissements étrangers, en leur proposant des garanties strictes, au niveau national et aussi international, contre les mesures qui pourraient endommager sérieusement les intérêts des investisseurs<sup>161</sup> ».

Pourtant, cette évolution ne s'est pas reflétée entièrement dans les instruments multilatéraux et la tendance générale à la libéralisation des mesures existantes concernant les investissements n'a pas été suivie de la même manière dans les secteurs économiques. Ainsi, dans le secteur des services se sont développés des clauses de réciprocité sur la nature du traitement. Cependant, ont été maintenues, voire étendues, les restrictions relevant de la sécurité nationale, de l'ordre public et de la préservation de l'identité culturelle. Même l'établissement d'accords bilatéraux, régionaux ou sectoriels sur l'investissement ainsi que la mise en oeuvre des mesures visant à favoriser les entreprises nationales ont fourni l'occasion de maintenir ou d'introduire des nouvelles contraintes<sup>162</sup>. Par la suite quelques pays, comme les Etats-Unis<sup>163</sup> et l'Irlande, traditionnellement ouverts à l'investissement direct étranger, ont remis en cause certains aspects de leurs politiques<sup>164</sup>.

En ce qui concerne les pays développés, à la fin des années 80, il n'y avait pratiquement plus de restrictions à la sortie des capitaux, aussi bien en termes d'autorisations que de financement. Pour les flux entrants, de nombreux pays ont remplacé les demandes d'autorisations

---

<sup>159</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.45

<sup>160</sup> SALEM M. – op.cit.p.377

<sup>161</sup> CNUCED ( 1999) – op.cit.p.30

<sup>162</sup> OCDE – *Politiques industrielles*, Paris, 1992

<sup>163</sup> Dans le cas des Etats-Unis, pays traditionnellement exportateur net de capitaux, est devenu pendant les années 1980 importateur net et ce changement explique son comportement. Ainsi, au Congrès, s'était développé un mouvement xénophobe à l'encontre des filiales étrangères, en particulier japonaises. Par la suite, a été voté en 1988 l'amendement Exxon Floriot au Trade Act qui donnait pouvoir au Président de bloquer les acquisitions des firmes nord-américaines par des intérêts étrangers.

<sup>164</sup> BRADLOW D.; ESCHER A. – op.cit.p.29

par des notifications ou des procédures de vérification purement formelles qui répondaient à des considérations administratives ou statistiques. La plupart de restrictions sectorielles ont été abolies ou substantiellement réduites et les restrictions qui restaient en place ont été rendues plus claires et transparentes<sup>165</sup>.

En 1985, à été crée par une Convention internationale, dans le cadre du groupe de la Banque Mondiale, l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA), qui a inauguré une période très favorable aux investissements directs étrangers. L'Agence « en tant qu'organisation mondiale tentait d'universaliser les expériences antérieures, réalisées au niveau régional<sup>166</sup> ». Les années 90 ont confirmé le mouvement de libéralisation entamé pendant les années 80, aussi bien pour les pays développés que pour les pays en développement. L'effondrement du camp socialiste, avec le passage à l'économie de marché, a confirmé le triomphe du libéralisme prôné par les institutions de Bretton Woods.

Dans ce nouveau contexte, pour les investissements étrangers, l'enjeu des relations entre les Etats hôtes et les firmes multinationales a changé. Pour les pays du Nord, il s'est résumé à une simple négociation technique, tandis que dans les pays du Sud on a constaté l'adoption de politiques libérales<sup>167</sup>. Cette convergence d'attitude à l'égard des investissements directs étrangers a trouvé sa source en partie dans l'affaiblissement de la capacité des Etats et dans une réorientation de leur fonction de régulation économique : les politiques économiques des Etats sont devenues des politiques promotionnelles afin d'accroître l'attractivité de leur territoire.

Pour la première fois, dans les années 90, le volume mondial des flux d'investissements étrangers a dépassé le volume du commerce

---

<sup>165</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.148

<sup>166</sup> CNUCED ( 1999) – op.cit.p.31

<sup>167</sup> BREWER T.;YOUNG S. – op.cit.p.211

international<sup>168</sup>. Ces flux se sont développés dans toutes les directions de la planète et non plus seulement du Nord au Sud. Le tiers des ces flux a eu comme origine les activités transfrontalières des multinationales<sup>169</sup>. Une nouvelle phase de la mondialisation est venue accélérer le processus d'internationalisation du droit des investissements directs étrangers. Le phénomène le plus spectaculaire des années 90 a été la prolifération des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers. Par ce processus s'est réalisé « la maturation du droit des investissements<sup>170</sup> ».

Pour mieux comprendre cette prolifération il faut revenir à la Convention de 1967. Bien qu'elle n'ait jamais été ratifiée, elle a eu un impact certain sur le droit des investissements étrangers, en contribuant à son internationalisation car « elle a servi comme matrice à l'élaboration des accords bilatéraux de protection des investissements<sup>171</sup> ». Les profondes similitudes de conception et de formulation de l'ensemble des accords, en raison de leur commune inspiration à la source du Projet OCDE de 1967, ainsi que l'identité des traités conclus par chacun des pays membres de l'OCDE, permet de constater l'existence de « modèles » nationaux.

Pour caractériser l'apport des traités bilatéraux à l'internationalisation du droit des investissements, l'idée générale est que, en matière de définition du régime juridique des investissements étrangers, les Etats conservent l'initiative de la production normative. Cependant, par l'acceptation du droit international général et la souscription à des règles conventionnelles spécifiques, ils perdent toute possibilité de la maîtriser. Cette situation n'est cependant pas nouvelle car elle se répète chaque fois que les Etats acceptent de conformer

---

<sup>168</sup> WTO - *Annual Report 1996*, vol.I, Special Topic: Trade and Foreign Direct Investment, p.44

<sup>169</sup> OTTEN A. - « Investment Provisions in the Agreement Establishing the WTO », in OECD - *Proceedings, Investment Policies in Latin America and multilateral Rules on Investment*, 1997, p. 142

<sup>170</sup> BENCHENEB A. – op.cit.p.187

<sup>171</sup> SALEM M. – op.cit.p.376

certaines de leurs législations à des contraintes juridiques extérieures. L'élément de nouveauté réside en revanche dans « le domaine d'application de cette nouvelle relation, notamment les investissements étrangers, domaine réputé devoir resté soumis à l'entière maîtrise législative nationale<sup>172</sup> ».

Ce contexte a été propice à la multiplication des conventions mixtes d'investissement, conclues entre l'Etat et un investisseur étranger privé, avec la consécration du droit international des investissements étrangers, qui « englobe mais dépasse le droit international des contrats d'Etats<sup>173</sup> ». De ce fait, « le droit international a pris définitivement sa place dans la relation entre les Etats et les investisseurs étrangers<sup>174</sup> », afin de fournir des solutions équilibrées, adaptées à la diversité des situations concrètes.

Au niveau multilatéral, le Guide sur le traitement de l'investissement direct étranger de 1992, préparé dans le cadre de la Banque Mondiale apparaît d'une importance particulière. Théoriquement, la portée normative de cet instrument est limitée, mais selon certains auteurs, il « sert de substitut à la grande Convention multilatérale dont l'élaboration n'a pas pu aboutir jusqu'ici<sup>175</sup> ».

D'autres instruments multilatéraux exprimant les nouvelles tendances ont été discutés, dont les plus importants sont les Accords négociés dans le cadre de l'Uruguay Round, de 1994, bien que parfois ils ne mentionnent que partiellement des sujets concernant directement ou indirectement les investissements. Il s'agit de l'Accord Général pour le Commerce des Services (GATS), l'Accord sur les aspects liés au commerce des droits de la Propriété Intellectuelle (TRIPS), et l'Accord sur les Mesures des investissements liés au Commerce (TRIM). Ces

---

<sup>172</sup> SALEM M. – op.cit.p.382

<sup>173</sup> WEIL P. – op.cit.p.420

<sup>174</sup> Il s'agit d'autres Etats ou des investisseurs individuels privés

<sup>175</sup> WEIL P. – op.cit.p.422

tendances ont trouvé leur expression dans des textes sans caractère obligatoire<sup>176</sup>.

On constate ainsi une multiplication des conventions multilatérales faisant de plus en plus nettement place au droit international. Nombre de ces conventions instituent des systèmes de règlement des différends entre investisseurs et Etats hôtes qui font expressément appel au droit international.

Au niveau régional, les mouvements de libéralisation se retrouvent « dans des instruments reflétant les efforts d'intégration économique, avec des degrés variables d'intensité et de succès<sup>177</sup> ». En la matière, un cas significatif est celui des amendements apportés en 1991 aux instruments concernant les investissements directs étrangers et le transfert de technologie des pays du Pacte Andin, qui ont remplacé les précédentes réglementations plus restrictives<sup>178</sup>. Dans la même veine, il faut mentionner les dispositions prévues dans les accords réalisés après 1989 entre la Communauté européenne et les pays de l'Europe centrale, ainsi que celles des Conventions de Lomé successives, entre la Communauté européenne et un groupe très large des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique.

Il est également significatif que de nombreux accords de libre-échange réalisés récemment ne se limitent pas seulement aux questions commerciales mais contiennent également des dispositions concernant les investissements directs étrangers<sup>179</sup>. Tel est le cas de l'Accord nord-américain de libre-échange (NAFTA), réalisé en 1992, entre le Canada, le Mexique et les Etats-Unis. Bien qu'il ne concerne que trois Etats, leur taille, leur importance globale ainsi que le processus de libéralisation

---

<sup>176</sup> OMC – *Regional Trade Integration under Transformation*, 2002, p. 5

<sup>177</sup> KARL J. – « Multilateral Investments Agreements and Regional Economic Integration », *Transnational Corporations*, august 1996, vol.5, no.2, p.33

<sup>178</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.32

<sup>179</sup> KARL J. – op.cit.p.31

entamé, rend cet accord particulièrement important<sup>180</sup>. En 1994, les deux protocoles des pays du MERCOSUR précisait aussi des éléments relatifs aux investissements directs étrangers aussi bien pour les pays qui faisaient partie de ce marché d'intégration économique régionale, que pour d'autres pays<sup>181</sup>.

Au delà des efforts régionaux d'intégration, des processus similaires ont été mis en route. Les Principes d'Investissement de 1994 pour la Coopération économique des pays d'Asie-Pacifique (APEC) et la Charte des pays du bassin Pacifique sur les investissements internationaux reflètent aussi, d'une manière explicite, les tendances dominantes<sup>182</sup>. En octobre 1998, les membres de l'Association des Nations du Sud-Est Asiatiques (ASEAN) ont conclu l'Accord pour les investissements dans la région d'ASEAN, dans le but « de créer un environnement plus libéral et plus transparent pour les investissements dans la région<sup>183</sup> ». Dans d'autres régions, des efforts se sont poursuivis dans les mêmes directions.

Dans un contexte différent, la Charte de l'Énergie, adopté par 50 pays<sup>184</sup>, contient des dispositions importantes sur la protection et la libéralisation des investissements<sup>185</sup>. Probablement en raison de son champ d'application matériel relativement étroit, notamment le secteur de l'énergie, ce traité représente, selon le professeur Wälde, « le régime d'investissement allant le plus loin en étant le plus spécifique<sup>186</sup> ».

---

<sup>180</sup> DESCHAMPS I. - « L'accord de libre-échange nord-américain : une nouvelle voie pour l'Amérique », *Revue internationale de Droit économique*, 1993, p. 459

<sup>181</sup> JEDLICKI C.- « Intégration régionale et investissement direct étranger en Amérique Latine », *Cahiers des Amériques Latines*, 1998, no.27, p.19

<sup>182</sup> BERGSTEN F. - « Open Regionalism », *Working Paper* 97-3, Institute for International Economics, Washington, 1997, p.3

<sup>183</sup> BOISSEAU DU ROCHER S. - *L'ASEAN et la construction régionale en Asie du Sud-Est*, Ed.L' Harmattan, Paris, 1998

<sup>184</sup> La plupart de pays membres d'OCDE, des pays de l'Europe centrale et orientale, et des pays membres du Commonwealth

<sup>185</sup> WÄLDE W.T - *The Energy Charter Treaty, an East-West gateway for investment and trade*, Kluwer Law International, London, 1996

<sup>186</sup> WÄLDE W.T.(2004) – op.cit.p.47

Les développements réalisés sous l'égide de l'OCDE s'avèrent de même particulièrement intéressants. L'envergure des Codes de libéralisation a été graduellement augmentée. Ainsi, en 1984, l'investissement direct étranger entrant dans un pays a été redéfini pour couvrir les droits d'établissement, alors qu'auparavant la plupart des pays membres soulevaient des réserves et des exceptions. Plus récemment, les négociations sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (MAI) se sont avérées caractéristiques de deux aspects contradictoires : « la position dominante actuelle des politiques de libéralisation et de protection d'investissement et, aussi, les incertitudes, les ambiguïtés et l'ambivalence restantes<sup>187</sup> ».

Les négociations, dirigées vers un texte qui devrait promouvoir la libéralisation des règlements d'investissement et, en même temps, la protection des investisseurs étrangers, ont commencé très rapidement. Ensuite, « au moment même où elles semblaient approcher la conclusion, des résistances inattendues ont émergé et l'effort a été interrompu. La possibilité qu'un Accord sur la même matière pourrait être négocié, dans un forum différent, au niveau mondial, reste ouverte, bien qu'un tel texte soit susceptible de différer sur des aspects importants du Projet d'AMI, notamment en raison de son échec<sup>188</sup> ».

Malgré leur échec les négociations en vue de l'AMI ont constitué un processus d'apprentissage important, dont la signification a été amplifiée par le caractère et l'intensité des réactions provoquées dans la société civile, par le projet de texte. Ces négociations sous l'égide de l'OCDE ont attesté l'existence d'un besoin au niveau international : celui d'un instrument juridique unique, capable à réguler l'activité économique en matière d'investissements directs étrangers.

Comme il a pu être constaté par cet aperçu des principales étapes dans l'évolution et la transformation du droit international des

---

<sup>187</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.32

<sup>188</sup> CNUCED (1999 ) – op.cit.p.33



investissements étrangers, la portée normative et les objectifs des instruments bilatéraux et multilatéraux existant actuellement en ce domaine sont très différents. En outre, il ne faut pas perdre de vue que, dans le nouveau contexte de la mondialisation, dans la réalité courante de la vie économique, on assiste à une dilution du rôle des Etats. A sa place, sur la scène internationale, s'affirment d'autres acteurs, comme les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, dans un contexte où les marchés gagnent plus d'importance.

Le défi auquel devra faire face le droit international en matière d'investissements directs étrangers concerne son adaptation à ces nouveaux protagonistes, afin de les responsabiliser et de les assujettir aux règles juridiques, non seulement en qualité de bénéficiaires de droits mais aussi en tant que titulaires d'obligations. Pour cela il sera nécessaire de progresser au niveau global : préserver le niveau de libéralisation et de protection acquis jusqu'ici, éliminer les restrictions existantes pour les investisseurs étrangers, intégrer tous les pays en développement intéressés dans le circuit mondial des flux d'investissements, fournir des procédures de règlement des différends efficaces et surtout créer une structure institutionnelle puissante.

Répondre à ces objectifs nécessitera d'obtenir la mobilisation et la concertation de tous les acteurs qui évoluent sur la scène internationale pour concevoir, sur des bases nouvelles, un instrument multilatéral global, généralement accepté, pour stimuler une concurrence fructueuse entre les juridictions nationales réglementant les investissements directs étrangers.

Un tel instrument sera difficile à construire et un consensus sur son contenu difficile à atteindre. Toutefois la tâche pourrait être facilitée par une meilleure compréhension de l'évolution du droit internationale des investissements.

Dans cet esprit, nous analyserons d'abord la manière dont les concepts économiques ont été intégrés dans la réglementation juridique concernant les investissements directs étrangers (Chapitre Premier). Vu l'importante contribution des accords bilatéraux dans le processus d'internationalisation du droit des investissements étrangers, on examinera ensuite la structure de ces traités, afin de repérer les éléments communs qui les caractérisent et qui ont facilité l'internationalisation du droit des investissements (Chapitre Deuxième). La suite de l'analyse mettra en évidence l'influence des instruments juridiques conclus aux niveaux régional et multilatéral sur le développement du droit international des investissements (Chapitre Troisième).

## ***CHAPITRE PREMIER – L'ENVIRONNEMENT JURIDICO-ÉCONOMIQUE ET LES PROTAGONISTES DU PROCESSUS D'INVESTISSEMENTS DIRECTS À L'ÉTRANGER***

La réduction des barrières nationales pour le commerce et d'autres formes de coopération économique réalisés pendant la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle après la fin de la deuxième guerre mondiale, et le rythme soutenu pendant la dernière décennie, ont rendu possible des interactions étroites au-delà des frontières et ont facilité ainsi l'internationalisation de la production. La croissance des investissements directs étrangers, en termes quantitatifs et qualitatifs, est l'élément essentiel qui favorise ce processus continu d'intégration à l'échelle mondiale.

L'accroissement des l'interdépendance entre les économies à travers le monde a exercé des pressions permanentes sur les décideurs politiques, à tous les niveaux, en vue de créer un cadre législatif qui harmoniserait les besoins et les possibilités de l'économie mondiale. Dans le même temps, ces décideurs avaient le souci de s'assurer que leurs actions permettraient à leur propre économie nationale de bénéficier du développement et de la croissance mondiale<sup>1</sup>. Il en résulte désormais que la problématique de la réglementation juridique des investissements directs étrangers est de plus en plus perçue et acceptée dans sa dimension internationale<sup>2</sup>.

Le déclenchement du mouvement de libéralisation pendant les années 80 a imposé de nouvelles politiques nationales et internationales à l'égard des investissements, pour mieux répondre aux changements de stratégie des entreprises multinationales. Ces évolutions ont

---

<sup>1</sup> DEVILLE H. – *L'intégration des espaces économiques : Politiques commerciales et économiques*, Ed. Academia, Bruylant, 2003, p.17

<sup>2</sup> DUNNING J.; NARULA R. – *Foreign direct investment and governments: Catalysts for economic restructuring*, Routledge Pbs., London, 1997, p.11

contribué à la transformation du droit des investissements étrangers, et surtout à son internationalisation.

L'investissement direct à l'étranger implique un processus décisionnel et une relation directe entre les investisseurs et les récipiendaires des investissements. Afin de comprendre la manière dont ce processus économique est représenté dans le domaine juridique, nous analyserons d'abord comment s'opère l'intégration de concepts économiques dans la réglementation juridique des investissements directs à l'étranger (section I). Ensuite, sachant que l'environnement juridique et économique de ce processus évolue continuellement sous l'influence des acteurs du processus d'investissement, nous présenteront les protagonistes de ce processus : les entreprises multinationales et les Etats, en soulignant leur influence sur le droit des investissements étrangers (section II).

## **SECTION I - L'intégration de concepts économiques dans la réglementation juridique des investissements directs à l'étranger**

Dans une perspective classique, le droit international des investissements implique une interaction entre des Etats. L'objet de cette interaction est l'investisseur et son action, le processus d'investissement. Cette vision a été valable longtemps, mais avec l'affirmation du courant libéral et la propagation de l'économie de marché à l'échelle mondiale, elle a complètement changé. Les Etats possèdent et contrôlent beaucoup moins l'économie, et les entreprises multinationales qui agissent dans le cadre international « sont moins assujetties et contraintes par leur pays d'origine que dans le passé<sup>3</sup> ».

---

<sup>3</sup> WÄLDE W.T. – *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Coll. Cours et travaux, no.2, IHEI Paris, Ed. Pedone, 2004, p.71

Dans ce nouveau contexte, le droit international appliqué aux investissements a besoin d'identifier un certain nombre de concepts économiques essentiels, nécessaires à son développement. Dans ce but, l'étude examinera d'abord la juridicisation de notions économiques (A) et se poursuivra avec l'observation de l'évolution mondiale des flux d'investissements directs étrangers (B).

## **A. La juridicisation de notions économiques**

Le processus d'intégration de concepts économiques dans la réglementation juridique s'est réalisé de manière progressive. Son point de départ commence avec l'assimilation par le droit du concept d'investissement (1), pour continuer avec les autres concepts économiques (2).

### **1. Le concept d'investissement**

Il n'existe pas à ce jour, dans la réglementation juridique, une seule et statique conception de l'investissement étranger. De ce fait, l'analyse doit cibler, dans un premiers temps, la définition de ce concept (1.1), pour se porter ensuite les principaux critères qui imposent des restrictions à cette définition (1.2).

#### *1.1 La définition générale du concept d'investissement*

La notion d'investissement est *de facto* une notion économique. Dans les écrits juridiques elle a fait son apparition et a été consacrée relativement tard. En règle générale, l'investissement qui signifie un apport et sa durée dans le temps représente une opération opposée à l'acte de consommation. L'intégration de cette notion dans la

réglementation juridique permet aux opérateurs économiques de déterminer le champ d'application du droit, avec des précisions sur les conditions d'accueil de l'investissement et de son régime juridique.

Toutefois, au fil du temps, le concept d'investissement étranger a beaucoup changé. En effet, l'évolution de la notion d'investissement « est représentative des modifications économiques et politiques qui ont traversé surtout le vingtième siècle<sup>4</sup> ».

Jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les flux transfrontières de capitaux prenaient « la forme des emprunts faits par les investisseurs européens auprès des prêteurs<sup>5</sup> ». Mais les difficultés du transport et des communications à longue distance ont été de sérieux obstacles au développement des investissements directs étrangers.<sup>6</sup> A l'époque, la propriété dans un pays étranger prenait la forme de marchandises importées en vue de la vente. Parfois, les résidents étrangers détenaient des actions destinées à financer sur place des entreprises industrielles et de transport. Ils pouvaient détenir en outre pour leur usage personnel et leur propre consommation des biens immobiliers et du personnel dans le pays où ils résidaient.

La législation internationale pour les investissements concernait seulement la protection de la propriété tangible contre la saisie et les droits des créanciers à recouvrer leurs créances. Quelques pays, comme les Etats-Unis, ont négocié des traités pour la protection de la propriété étrangère, notamment les marchandises et les navires, contre l'expropriation<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> BENCHENEB A. – « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.178

<sup>5</sup> BERGER S. – *Notre première mondialisation : Leçons d'un échec oublié*, Ed. Seuil et La République des Idées, 2003, p.11

<sup>6</sup> FIAS – *Foreign Direct Investment: Lessons of Experience*, WB, no.5, 1997, p.7

<sup>7</sup> VANDEVELDE K. – *United States Investments Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992, p.8

Plus tard, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les progrès réalisés dans le transport et les communications ont facilité l'administration des entreprises localisées à l'étranger par des nationaux. Ainsi, « les investissements en capital ont entraîné des améliorations technologiques, lesquelles auraient été impossibles ou, au moins, difficilement réalisables pour les entrepreneurs locaux<sup>8</sup> ». C'est à cette époque qu'apparaissent les premiers conglomérats de firmes et les premiers titres sur le marché<sup>9</sup>. Il en est résulté que de nombreux pays ont commencé à s'intéresser de plus près aux conditions économiques et juridiques nécessaires pour investir à l'étranger.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le contrôle des compagnies localisées à l'étranger était difficile, si bien que la forme dominante de l'investissement à l'étranger a été l'investissement de portefeuille, surtout dans les services publics et les industries d'exploitation des ressources naturelles. Vers la moitié du XX<sup>e</sup> siècle, grâce au progrès réalisé dans le domaine des transports et des communications, la protection des investissements étrangers sous forme de paquets d'actions est devenue la principale préoccupation des juristes<sup>10</sup>.

Comme la plupart des investissements directs à l'étranger étaient réalisés dans le secteur primaire, les accords de concession pour l'extraction et l'exploitation des ressources naturelles ont pris les devants dans le développement de la réglementation internationale en matière d'investissements<sup>11</sup>.

Au fil du temps, les investissements étrangers sont devenus plus diversifiés. Les innovations technologiques se sont répandues dans le monde, à la suite de quoi les producteurs de technologies ont voulu

---

<sup>8</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – *Globalization and History*, Cambridge, MIT Press, 1999, p.11

<sup>9</sup> FIAS – op.cit.p.7

<sup>10</sup> GUILLAME P.; DELFAUD P. – *Nouvelle histoire économique: le XXe siècle*, Ed. Armand Colin, Paris, 1992, p.17

<sup>11</sup> O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – op.cit.p.12

protéger leurs inventions contre les contrefaçons. Le développement et l'ampleur de l'activité des grandes entreprises multinationales agissant partout dans le monde ont accru l'importance des marques de produits, désormais associées à une image de haute qualité et de technologie avancée. Ainsi, la réglementation en matière de propriété intellectuelle est devenue un enjeu qu'ont pris en compte les lois nationales et internationales.

Plusieurs pays développés qui avaient concentré leurs ressources productives dans le secteur manufacturier pendant le siècle précédent, ont commencé à déployer une grande partie de ces ressources dans le secteur des services, tout en réalisant des améliorations dans les communications et les transports, pour mieux étendre le commerce de leurs services à l'étranger<sup>12</sup>. Ces circonstances ont créé des possibilités nouvelles pour les investissements à l'étranger.

Bien que ces pratiques existent depuis quelques temps, la notion d'investissement et les questions relatives à la précision de son contenu sont apparues assez récemment dans le langage des accords internationaux et dans la pratique juridique internationale.

En général, les règles internationales coutumières et les premiers accords internationaux n'employaient pas cette notion. En revanche, ils associaient à la notion de « propriété internationale » le capital importé et la propriété à l'étranger des nationaux résidant depuis longtemps à l'étranger<sup>13</sup>. Toutefois, se posait aussi la question de savoir si l'investissement de portefeuille ne devait pas être protégé en tant qu'actif par les règles internationales<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> GUILLAME P.; DELFAUD P. – op.cit.p.19

<sup>13</sup> FIAS – op.cit.p.9

<sup>14</sup> La solution donnée au cas Barcelona Traction prouve qu'il n'a pas été protégé. Une des raisons était que le risque engagé dans un investissement de portefeuille pour l'investisseur n'était pas aussi important que pour un investissement direct, car un investissement de portefeuille aurait été récupérable plus facilement que ce dernier. De la même façon, la propriété intellectuelle n'était pas considérée comme un actif, et donc elle ne rentrait pas sous les auspices des lois coutumières internationales.



On constate donc que c'est l'internationalisation de l'activité économique qui a précipité l'apparition du concept d'investissement dans le langage juridique<sup>15</sup>. Cependant, pour un moment encore, cette notion se retrouve seulement dans des sources internationales, le concept d'investissement s'avérant absent des ordres juridiques internes. Selon le professeur Bencheneb, les droits internes « offraient une instrumentation pour la réalisation d'activités productives, mais ils ignoraient l'investissement : Ils se préoccupaient des formes, mais passaient sous silence leur contenu<sup>16</sup>. En général, ce n'est qu'à travers le droit de la condition des étrangers que le droit interne des Etats prenait alors en charge l'activité économique des étrangers sur leurs territoires nationaux.

Avec les mouvements de décolonisation, et surtout avec la décolonisation des territoires africains, apparaissent les premiers textes spécifiques relatifs à l'investissement<sup>17</sup>. Plus ou moins violent, le processus de décolonisation a conduit à des mutations de souveraineté, à des changements de législateur et ainsi, à l'apparition de nouveaux acteurs étatiques sur la scène internationale. Dans ce nouveau contexte politique, il s'avérait nécessaire d'établir une clarification des rapports entre les nouveaux Etats et les investisseurs. Ainsi, « la force du phénomène offre au langage juridique le concept économique d'investissement<sup>18</sup> ».

Néanmoins, l'investissement direct étranger est resté encore pendant une longue période, principalement, un sujet d'intérêt national. Cet intérêt « se déplaçait sur le plan international où s'appliquaient les règlements et les principes des lois internationales, seulement dans des cas exceptionnels, quand il était affecté par certaines mesures

---

<sup>15</sup> BENCHENEBA A. – op.cit.p.179

<sup>16</sup> BENCHENEBA A. – op.cit.p.179

<sup>17</sup> KAHN P. – Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone, *Journal de Droit International*, 1965, p.345

<sup>18</sup> BENCHENEBA A. – op.cit.p.180

arbitraires des gouvernements<sup>19</sup> ». Ainsi, le contrôle de l'activité d'investissement était-il considéré comme l'apanage de la souveraineté nationale, d'où une confusion apparente entre le concept lui-même et l'agrément de l'investissement, « qui voile à peine une hostilité à l'investissement étranger et privé<sup>20</sup> ».

Très peu de temps après la Seconde Guerre mondiale, avec la Charte de la Havane, il est reconnu que « l'investissement international contribue au développement économique, à la reconstruction et au progrès social<sup>21</sup> ». Ainsi s'engage le déclenchement du processus de juridicisation du concept d'investissement. A cette époque, le besoin d'investissement se fait ressentir autant pour les pays développés que pour les pays en développement. En générale, l'investissement direct étranger peut répondre à des objectifs variés: sécurité des approvisionnements en matières premières; pénétration sur le marché du pays d'accueil de manière à éviter les obstacles du protectionnisme; rationalisation de la production, avec économies d'échelle et division du travail; diminution des coûts de production grâce à des bas salaires et à un régime fiscal favorable<sup>22</sup>. Pour toutes ces raisons, beaucoup de pays ont eu recours à différents types d'accords afin de libéraliser, promouvoir, protéger et réguler les flux internationaux d'investissements.

A minima, l'envergure et le contenu normatif d'un accord international qui concerne les investissements sont délimités en fonction de trois critères:

- Un *critère spatial* ou géographique, qui prend en compte d'abord le nombre et l'identité des Etats participants. Cette étendue géographique est aussi déterminée par les

---

<sup>19</sup> WEIL P. – *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p.412

<sup>20</sup> BENCHENEB A. – op.cit.p.180

<sup>21</sup> CNUCED – *International Investment Agreements: A Compendium, vol. I: Multilateral Instruments*, 1996, p.4

<sup>22</sup> FIAS – op.cit.p.11

limites territoriales des Etats en question. De ce point de vue la définition même du "territoire" de l'investissement est très importante.

- Un *critère de temps*, qui précise la date de la signature de l'accord, ainsi que la date de sa ratification et la durée de son application.
- Un dernier critère qui prend en compte *l'objet de l'accord*<sup>23</sup>.

En général, les traités considérés définissent l'investissement d'une manière très générale, de façon à couvrir potentiellement tous les types de biens<sup>24</sup>. Ces biens peuvent être des actifs mobiliers ou immobiliers, des actions dans une société industrielle et commerciale, des droits contractuels, la propriété intellectuelle et les concessions des affaires. Mais chaque type d'investissements a des effets économiques différents pour les pays d'origine et les pays d'accueil, ce qui fait qu'en général les parties à un accord d'investissement réagissent de manière individuelle.

C'est pour cette raison que plusieurs accords d'investissements ont ciblé par la suite la définition des investissements, en fonction des politiques économiques, mais aussi des politiques de développement, spécifiques pour chaque partie de l'accord. Les termes de la définition revêtent dès lors une grande importance. Non seulement ils déterminent le contenu normatif de l'accord, mais ils reflètent également les politiques d'investissement des parties signataires<sup>25</sup>. Dans les accords internationaux, aucune définition de la notion d'investissement ne peut être neutre parce qu'elle caractérise en filigrane un choix de politique

---

<sup>23</sup> CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements: Scope and definition*, United Nations Publications, Geneva, 1999b, p.6

<sup>24</sup> CNUCED – *Accords internationaux d'investissement : concepts autorisant une certaine flexibilité aux fins de promouvoir la croissance et le développement*, Genève, 1999, p.14

<sup>25</sup> FIAS – op.cit.p.11

économique et cela explique aussi combien les négociations en ce domaine peuvent être dures entre les parties.

Dans ce contexte, les définitions dépassent le cadre étroit d'une simple explication linguistique des termes employés, pour être considérées comme partie composante du contenu normatif de l'accord en question, d'autant plus qu'elles précisent l'étendue et la manière dont les clauses et les dispositions opérationnelles seront appliqués.

Le point du départ de toute définition de l'investissement direct à l'étranger se situe au niveau des données statistiques qui le concernent, car il s'agit « d'un élément préalable, indispensable aux analyses économiques et à la formulation des politiques des pouvoirs publics<sup>26</sup> ». Selon la CNUCED, en définissant les normes d'établissement des statistiques, il devient possible de réaliser une comparaison au niveau mondial et de répondre à trois objectifs:

- donner une orientation claire aux différents pays pour la mise au point et la modification de leur régime de collecte des données statistiques sur les investissements directs étrangers :
- améliorer les conditions de l'analyse économique des investissements directs étrangers, notamment lorsqu'il s'agit de mener des comparaisons à l'échelon international, en réduisant les divergences nationales par rapport à la norme;
- établir une norme objective permettant de mesurer les différences méthodologiques qui subsistent entre les

---

<sup>26</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.15

statistiques nationales et dont il faut tenir compte lorsqu'on procède à des analyses transnationales.<sup>27</sup>

De la même manière, l'OCDE a identifié différentes approches et définitions adoptées par les pays membres, en passant par l'évaluation des flux et des stocks d'investissements directs internationaux. Pour l'Organisation, l'investissement direct étranger traduit l'objectif d'une entité résidant dans une économie (l'investisseur direct) d'acquérir un intérêt durable dans une entité résidant dans une économie, autre que celle de l'investisseur (entreprise d'investissement direct)<sup>28</sup>.

Pour le Fonds monétaire international les investissements directs à l'étranger représentent : « les investissements effectués dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise exerçant ses activités sur le territoire d'une économie, autre que celle de l'investisseur, le but de l'investisseur étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise<sup>29</sup> ».

La notion d'intérêt durable retrouvée dans ces deux versions de la définition de l'investissement direct étranger implique l'existence d'une relation à long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise, et l'exercice d'une influence notable sur la gestion de l'entreprise. L'investissement direct comprend à la fois l'opération initiale entre les deux entités et toutes les opérations ultérieures en capital intervenant entre elles et les entreprises affiliées, qu'elles soient constituées ou non en sociétés.

En ce qui concerne l'entreprise d'investissement direct étranger l'OCDE recommande de la définir comme une entreprise ayant ou non la personnalité morale, dans laquelle un investisseur étranger détient au moins 10% des actions ordinaires ou des droits de vote dans le cas

---

<sup>27</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.17

<sup>28</sup> OCDE - *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, 1994, p.7

<sup>29</sup> FMI - *Manuel de la balance des paiements*, 4<sup>e</sup> éd., Washington, 1977, p.136

d'une entreprise ayant la personnalité morale, ou l'équivalent s'il s'agit d'une entreprise n'ayant pas la personnalité morale.

Ainsi, ce critère numérique de détention de 10% des actions ordinaires ou des droits de vote détermine l'existence d'une relation d'investissement direct. Un pouvoir de décision effectif dans la gestion, correspondant à une participation d'au moins 10% signifie, toujours selon l'OCDE, que l'investisseur direct est en mesure d'influer sur la gestion d'une entreprise ou d'y participer, « ce qui ne requiert pas nécessairement un contrôle absolu par l'investisseur étranger<sup>30</sup> ».

Bien que cela ne soit pas recommandé par l'OCDE, certains pays peuvent quand même juger nécessaire d'adopter une attitude souple à l'égard de ce seuil de 10%, selon les circonstances. Dans certains cas, la possession de 10% des actions ordinaires ou des droits de vote peut ne pas permettre d'exercer une influence sensible sur la gestion d'une entreprise, alors qu'un investisseur direct peut détenir moins de 10%, mais exercer une influence importante sur la gestion. Cela dépend en fait de la structure du capital de l'entreprise considérée.

L'OCDE ne recommande aucune souplesse dans l'application de la règle de 10%. En conséquence, les pays qui choisissent de se détacher de cette norme doivent déterminer, autant que possible, le montant global des transactions qui échappent à cette règle, de manière à faciliter les comparaisons internationales<sup>31</sup>.

Certains pays considèrent que l'existence d'éléments d'une relation d'investissement direct peut être indiquée par un ensemble des facteurs tels que:

- une représentation au conseil d'administration;
- une participation au processus de prise de décision;

---

<sup>30</sup> OCDE – op.cit.p.8

<sup>31</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.9

- des opérations importantes entre sociétés;
- des échanges de cadre dirigeants;
- l'apport d'informations techniques;
- des prêts à long terme à des taux inférieurs à ceux du marché<sup>32</sup>.

Il est possible qu'il existe entre les entreprises appartenant à des pays différents d'autres types de relations qui présentent les caractéristiques exposées ci-dessus mais sans qu'il y ait de liens formels en ce qui concerne la détention d'actions.

Deux entreprises opérant chacune dans un pays différent peuvent avoir un conseil d'administration commun, prendre leurs décisions en commun et se partager des ressources communes, y compris les capitaux sans qu'une de ces sociétés ne détienne dans l'autre une participation égale ou supérieure à 10%. Dans cette situation, lorsque aucune d'elles n'est une entreprise d'investissement direct par rapport à l'autre, les transactions peuvent être considérées comme intervenant entre les filiales d'une même société mère. Elles ne sont pas considérées comme un investissement direct.

Avec le processus de globalisation des activités économiques, certaines transactions transnationales peuvent, au premier abord être considérées comme des investissements directs étrangers, alors qu'en réalité elles ne répondent pas aux critères établis<sup>33</sup>. Par exemple<sup>34</sup> :

1°) Une entreprise s'engage à construire pour un client étranger, généralement un Etat, une usine complète, à fournir un savoir-faire technique et à gérer et exploiter cette usine pendant un certain nombre d'années sans assurer une présence permanente sur place dans la direction de l'unité, ni respecter d'autres critères démontrant l'existence

---

<sup>32</sup> OCDE – *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries*, Paris, 1985, p.11

<sup>33</sup> OCDE – *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Paris, 1996c, p.5

<sup>34</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.7

d'une entreprise d'investissement direct. Elle contrôle entièrement les opérations quotidiennes et sa gestion est rémunérée soit en espèces, soit en biens produits par l'usine. Toutefois cette entreprise n'a pas de participation au capital de l'entreprise gérant l'usine et il s'agit d'une *prestation transnationale de services*.

2°) Certains pays d'accueil ont passé des accords avec un certain nombre d'entreprises étrangères aux termes desquels le pays d'accueil fournit les locaux, l'électricité et la main-d'œuvre et assure l'hébergement du personnel et la gestion. L'entreprise étrangère fournit toutes les machines, les installations et le mobilier des locaux et les matériaux de production et est également responsable de la formation initiale de la main d'œuvre.

L'entreprise étrangère paye ensuite sur chaque article produit un prix, à la pièce, d'un montant convenu. Lorsque les machines, les installations et le mobilier restent propriété de l'entreprise étrangère, on a techniquement à faire à une succursale d'investissement direct, même si les bénéfices de la succursale sont nuls. En revanche, si les équipements deviennent la propriété du pays d'accueil, il n'y a pas d'investissement direct.

3°) Certaines entreprises professionnelles fonctionnent à peu près comme une entreprise multinationale, mais elles n'ont pas d'intérêt financier dans une autre. A titre d'exemple, des entreprises de conseil en comptabilité ou en gestion qui ne sont pas affiliées (au sens financier du terme) peuvent opérer à l'échelon mondial sous un même nom, se transférer des affaires de l'une à l'autre moyennant finance, partager les coûts (ou installations) pour des postes tels que la formation ou la publicité et peuvent avoir un conseil d'administration pour organiser la stratégie économique du groupe.

Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un investissement direct, malgré les points communs avec l'investissement direct.



Concrètement, un flux d'investissement direct peut correspondre à quatre types d'opérations :

- La création d'une entreprise ou d'un établissement par un investisseur étranger;
- L'acquisition d'au moins 10% du capital d'une société étrangère déjà existante;
- Le réinvestissement de bénéfices par la filiale ou la succursale;
- Les opérations entre maison mère et filiale: souscription à une augmentation de capital, prêts à long, moyen et court terme, avances, mouvements en compte courant<sup>35</sup>.

Les statistiques nationales ne respectent que très relativement cette définition de référence. D'une manière générale, les divergences portent sur trois points principaux : le traitement des bénéfices réinvestis, le seuil d'investissement direct et la prise en compte des crédits à court terme.

Pour le *traitement des bénéfices réinvestis*, les balances des paiements des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'Allemagne incluent et isolent le montant des bénéfices réinvestis. Celle des Pays-Bas l'inclut, mais ne l'isole pas. En France, les bénéfices réinvestis ne sont pas comptabilisés dans le total de l'investissement direct. Pour le Japon, l'Italie, l'Espagne ces montants ne sont pas connus. Leur prise en compte pesant sur les niveaux d'investissement, une harmonisation statistique s'avère par conséquent indispensable.

En ce qui concerne *le seuil d'investissement direct*, la distinction entre investissement direct et investissement de portefeuille est conventionnelle: au-dessus d'un certain pourcentage, une prise de participation devient un investissement direct. Ce seuil est de 20% en

---

<sup>35</sup> PARENT A. – *Balance des paiements et politique économique*, Ed. Nathan, Paris, 1996, p.64

France, au Royaume-Uni et en Allemagne, de 10% aux Etats-Unis et aux Pays-Bas. Il paraît impossible d'appréhender les montants d'investissements directs sur la base d'un taux identique pour tous, ce qui constitue une limite statistique évidente.

Pour la *prise en compte des crédits à court terme*, l'Allemagne, contrairement aux autres pays, n'inclut pas les prêts à court terme des maisons mères à leurs filiales étrangères à la ligne « investissements directs », mais à la ligne « autres flux de capitaux<sup>36</sup> ».

Il est ici nécessaire de préciser qu'un investissement pourrait, dans le vocabulaire particulier d'un accord, être une entité légale. Par exemple, une société établie dans un pays d'accueil par un investisseur étranger est considérée comme « l'investissement » de cet investisseur. Mais admettons que l'investisseur étranger est lui aussi une société, voire que la société du pays d'accueil fasse à son tour des investissements, et qu'elle deviendra donc un investisseur. Ainsi, dans la pratique, autant l'investisseur que l'investissement peuvent posséder une personnalité légale<sup>37</sup>.

Tous ces types de flux d'investissements internationaux ont des conséquences économiques différentes. Pour mettre en œuvre leurs politiques économiques et de développement, les pays acceptent différentes règles concernant le traitement de l'investissement étranger. Ainsi, un accord d'investissement peut ne pas s'appliquer à tous les types d'investissements. Dans certains cas, il peut s'appliquer seulement aux investissements réalisés par l'investisseur désigné par les dispositions opérationnelles de l'accord.

Pour cette raison, « même le terme « investisseur » devient erratique pour déterminer l'envergure d'un accord. Il est donc important de bien le préciser<sup>38</sup> ».

---

<sup>36</sup> PARENT A. – op.cit.p.65

<sup>37</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.7

<sup>38</sup> CNUCED ( 1999b) – op.cit.p.8

En même temps, des pays se montrent prêts à accepter certaines obligations, mais seulement pour les investissements ayant des conséquences économiques spécifiques. C'est la raison pour laquelle l'étendue de la définition de l'investissement, dans un accord, dépendra en général de l'objectif et des dispositions opérationnelles de l'accord en question<sup>39</sup>. Par exemple, un accord d'investissement qui précise les règles applicables pour l'admission de l'investissement sur un territoire pourrait définir la notion d'« investissement » d'une manière différente par rapport à un accord qui traite principalement de la protection de l'investissement.

De ce fait, la définition de l'investissement peut être différente en fonction des orientations souhaitées par les gouvernements dans les différents instruments juridiques. La définition de référence de l'OCDE, par exemple, se retrouve dans tous les instruments qui sont destinés à assurer la libre circulation des facteurs de production. Ces instruments ont été conçus par les pays développés : il s'agit du Code OCDE de libéralisation des mouvements de capitaux et des instruments communautaires – art. 67 et 73 du Traité de Rome<sup>40</sup>.

Dans cette optique, l'investissement est appréhendé en tant que mouvement de capital, donc en tant que « source de financement destinée à favoriser la libre installation des personnes et la libre implantation des entreprises<sup>41</sup> ».

Ces instruments définissent les investissements étrangers d'une manière succincte, en insistant sur le contrôle de l'investisseur sur l'entreprise comme l'élément clef du concept. Ils présentent parfois des différences entre les divers types d'investissements de capital, même s'ils n'appliquent pas de règles différentes pour chacun de ces types. La définition classique qui emploie cette méthodologie est celle présentée

---

<sup>39</sup> CNUCED ( 1999b) – op.cit.p.10

<sup>40</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – *Droit international économique*, Précis, 1<sup>re</sup> édition, Ed. Dalloz, 2003, p.379

<sup>41</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – op.cit.p.380

dans le Code de libéralisation des mouvements de capitaux de l'OCDE<sup>42</sup>.

Pendant les années 70, pour atténuer la crise de confiance entre les pays développés et en développement, l'orientation des instruments juridiques visa la restauration d'un climat favorable à l'investissement Nord-Sud. Dès lors, l'objet des accords d'investissement devînt la protection des investissements.

Dans cette finalité, les définitions de la notion d'investissement sont, en général relativement larges. Elles couvrent d'une part les capitaux (et les ressources) qui ont traversé les frontières dans le but de constituer une société nouvelle ou pour acquérir ou contrôler une société déjà existante. Mais elles couvrent aussi d'autres types d'actifs d'une entreprise ou d'un investisseur, comme la propriété et les droits de propriété sous diverses formes, les emprunts et les transactions de portefeuille, ainsi que d'autres droits contractuels, comme ceux créés par action administrative du pays d'accueil (licences, permis, etc.). Une de ces définitions se trouve dans la Convention passée sous l'égide de la Banque Mondiale en vue de la création de l'Agence Multilatérale pour la Garantie des Investissements<sup>43</sup>.

Les instruments orientés vers la mobilité des mouvements de capitaux visent l'investissement avant qu'il soit réalisé, dans l'optique du contrôle, comme c'était le cas pendant les décennies antérieures. Ils visent aussi à enrayer les obstacles à sa réalisation, dans le nouveau contexte de la libéralisation<sup>44</sup>. Les ressources investies peuvent être très diverses, comme des fonds, des technologies ou d'autres éléments et le traitement légal pour chaque type pourrait être très différent, en fonction du contexte politique.

---

<sup>42</sup> OCDE – *Introduction to the OCDE Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Transactions*, Paris, 1995

<sup>43</sup> World Bank – *Convention Establishing the MIGA*, Washington, 1985

<sup>44</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.10

Les instruments orientés vers la protection des investissements cherchent quant à eux à protéger les intérêts de l'investisseur. L'investissement est considéré comme déjà existant. Dans la terminologie antérieure on parlait de « droits acquis » ou de « propriété étrangère »<sup>45</sup>. Dans ce cas la description exacte des avoirs n'est pas très importante, car la protection doit s'appliquer aux avoirs après leur acquisition par l'investisseur, donc quand ils font déjà partie de son patrimoine.

La pratique récente des accords internationaux d'investissement vise en revanche les deux objectifs en même temps : libéraliser la réglementation et protéger les investissements à l'étranger. En général, dans cette acception on retrouve une définition assez étendue de l'investissement, selon laquelle on entend par là tous les avoirs qui, sur le territoire d'une partie, sont détenus par les investisseurs de l'autre partie<sup>46</sup>. Parfois, les accords d'investissement restreignent cette définition, par exemple, en excluant les avoirs établis avant une certaine date ou dans un certain secteur de l'économie.

Une autre approche, trouvée dans les traités bilatéraux signés par les Etats-Unis, limite la définition des investissements à « tous les types d'investissements détenus ou contrôlés directement ou indirectement par un américain ou une compagnie américaine », suivie par une liste des investissements fondés sur des éléments matériels<sup>47</sup>.

Un changement supplémentaire a été apporté par la définition qui a été proposée dans le projet d'AMI, toujours par référence aux avoirs : « pour pouvoir être qualifié comme un investissement, un bien devrait avoir les caractéristiques d'un investissement, respectivement

---

<sup>45</sup> OCDE – *Council Resolution of 12 October 1967 on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property, International Legal Materials*, vol.7, p.119

<sup>46</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.11

<sup>47</sup> CNUCED - *International Investment Instruments: A Compendium*; vol.III; Genève; United Nations publications; 1996; p.196

l'engagement du capital ou d'autres ressources, l'attente du gain ou du profit, et l'acceptation du risque<sup>48</sup> ».

Ces exemples montrent qu'il est nécessaire de définir l'investissement dans d'autres termes, encore plus précis.

Contrairement à la définition élargie de la notion d'investissement qui est unanimement considérée, il n'existe pas une définition étroite qui puisse apparaître comme une définition-type. Il existe plusieurs raisons à l'absence d'une définition limitant la notion d'investissement.

Comme on l'a déjà vu, certains accords ne définissent pas la notion d'investissement. Les parties concernées cherchent alors plus à limiter le champ d'application de l'accord au moyen de clauses opérationnelles plutôt que de s'attacher à la définition de ce qu'elles entendront par « investissement ». En outre, certains pays peuvent avoir des raisons particulières de limiter le champ d'application d'un accord, qui témoignent de leur situation spécifique<sup>49</sup>.

Néanmoins, les politiques d'investissement sont différentes d'un pays à l'autre, et ces différences se reflètent dans des variations significatives au cœur des accords d'investissements, notamment dans les définitions mêmes de la notion d'investissement.

Ainsi, pour résumer, dans la pratique commerciale actuelle sont employées deux catégories de définitions, une catégorie où le concept d'investissement est décrit de manière étendue, et une autre, complètement à l'opposé, qui comporte une définition concise de la notion d'investissement.

En ce qui concerne la première catégorie, plusieurs accords pour la promotion et la protection d'investissement conclus dans les

---

<sup>48</sup> OCDE – *Commentaires au texte de négociation de l'AMI*, Paris, 1998, p.3

<sup>49</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.14

dernières années contiennent une définition généraliste, donc large, de l'investissement. Ce type de définition est utilisé dans l'article 1 de l'Accord ASEAN pour la promotion et la protection des investissements<sup>50</sup>. On y relève que : « Le terme *investissement* désignera tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement : les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues; les actions, primes d'émissions et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées; les droits pécuniaires et les droits à toutes prestations ayant valeur financière; les droits de propriété intellectuelle et du savoir-faire; les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles<sup>51</sup> ».

Cette définition se retrouve dans plusieurs accords du même type. Elle énonce qu'entrent dans la notion d'investissement « tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures ». La notion d'investissement ainsi comprise inclut dès lors tout ce qui pourrait avoir une valeur économique, virtuellement sans limite.

La définition générale est suivie d'une *liste* qui comprend cinq catégories d'investissements qui entrent dans la définition, et cette liste n'est pas exhaustive<sup>52</sup>. De la même manière, tous les types d'avoirs y sont inclus, même s'ils n'entrent pas dans les cinq catégories, énoncées comme étant les suivantes :

- La première catégorie concerne les *biens meubles et immeubles*. La définition englobe les marchandises et tout autre propriété tangible

---

<sup>50</sup> ASEAN – « The Framework Agreement on the ASEAN Investment Area », *Handbook of Investment agreements in ASEAN*, Jakarta ASEAN Secretariat, 1998

<sup>51</sup> CNUCED - « ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments », in *International Investment Instruments: A Compendium*; vol. III; Genève; United Nations publications; 1996; p.294

<sup>52</sup> CNUCED (1999) - op.cit.p.11

qui ont été protégées par des règles coutumières internationales depuis des siècles. La référence aux biens immeubles sous-entend que la terre, la propriété foncière en fait également partie. En outre, « l'investissement » désigne « tous autres droits réels » qui représentent moins que la propriété entière.

- Dans la deuxième catégorie entrent différents types de *droits* dans les sociétés constituées, mais la définition ne précise pas si l'investisseur doit détenir le contrôle sur celles-ci. Les termes sont assez généraux pour y inclure des investissements directs ainsi que des investissements de portefeuille.

- La troisième catégorie intègre *les demandes pécuniaires pour toutes prestations réalisées sous contrat* ayant une valeur économique. Cette catégorie suggère que dans le terme « investissement » entrent aussi des droits contractuels pour des services, comme des contrats de management, de comptabilité et autres services professionnels. En outre, le texte ne précise pas si les contrats doivent être à long terme, ni si les contrats concernent des transactions de services ou des investissements dans les services.

D'après les analystes de l'OMC cette catégorie soulève des questions, car la réalisation des bénéfices à la suite d'un contrat dans un pays d'accueil impliquerait un investissement initial pour les entités juridiques étrangères. Si tel est le cas, on rentre bien dans la définition de l'investissement. Mais subsiste toujours la question de savoir si tous les types de contrats doivent entrer dans une définition, aussi large qu'elle soit, ou s'il ne faut pas opérer une distinction entre les contrats de commerce (vente des biens et services) et les contrats à la réalisation desquels les investisseurs ont affectés des ressources importantes financières, techniques et humaines<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> WTO - *The definition of investment in existing international instruments*, Submission to WTO Group on the Relationship between Trade and Investment; Canada; 1998



▪ La quatrième catégorie désigne *les droits de propriété intellectuelle*. Ces droits peuvent inclure les droits de l'auteur, les licences, le secret commercial et les marques déposées. Dans certains accords d'investissements la référence à la propriété intellectuelle intègre explicitement les « procédés techniques » et les « savoir-faire », ce qui suggère que l'investissement peut inclure dans ce cas des éléments qui ne sont pas protégés par la loi comme les formes traditionnelles de la propriété intellectuelle. Cette catégorie est également susceptible d'inclure, à côté des avoirs tangibles de la propriété, des éléments immatériels comme la réputation de la compagnie<sup>54</sup>.

▪ Dans la dernière catégorie nous retrouvons *les concessions commerciales*, inclusivement les concessions relatives aux ressources naturelles, ce qui suggère que l'investissement en cause pourra inclure parfois des privilèges et des droits garantis aux parties par le gouvernement sur le fondement de dispositions législatives et administratives spéciales. Ces éléments viennent s'ajouter aux formes traditionnelles de propriété qui sont en général acquises pendant le transfert entre les parties, en concordance avec les lois qui concerne la propriété.

Bien que dans la pratique il existe beaucoup de variations dans le langage utilisé pour les décrire, ces cinq catégories se retrouvent dans plusieurs accords d'investissements. Au demeurant les variations constatées sont de faible importance, car dans tous les cas les cinq catégories présentent explicitement tous les types de droits que le terme « investissement » peut contenir. Cela revient à dire que tout droit qui ne se trouve pas énoncé dans les catégories susmentionnées pourrait toutefois être un investissement à condition de pouvoir être considéré comme un « avoir »<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.12

<sup>55</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.13

Dans cette définition étendue de l'investissement, il n'est pas demandé explicitement que les avoirs soient monétaires. Pourtant certains traités d'investissements le précise. C'est le cas, par exemple de l'article 15.3 de la Convention qui a créé la Compagnie pour la Garantie des Investissements entre les pays arabes (Inter-Arab Investment Guarantee Corporation). Celle-ci énonce « qu'aucune distinction ne doit se faire entre les formes monétaires ou non-monétaires de la transaction<sup>56</sup> ».

Il est facile à constater que la combinaison de toutes ces catégories énumérées, utilisées dans une large majorité des accords d'investissement, apparaît très différente de la définition classique du « capital » pour les économistes. Le capital est considéré comme une ressource productive, tandis que dans ce concept large d'investissement, on trouve aussi bien des stocks de produits finis, des droits des procédés techniques, la terre, etc. C'est pour cette raison que la CNUCED précise que « le terme d'investissement, tel qu'il est employé dans les accords et les traités, est un terme de l'art juridique (*legal term of art*)<sup>57</sup> ». Il a été conféré à ce concept une envergure importante afin de mieux atteindre les objectifs économiques et politiques des parties à un accord. C'est pour cela qu'il n'est pas toujours en phase avec le même terme « investissement » qui est employé dans d'autres circonstances, comme dans la comptabilité nationale ou dans des études à caractère économique.

Une autre approche de la définition générale de l'investissement mentionne « les avoirs »<sup>58</sup>, à titre général<sup>59</sup>, sans énumérer leurs formes spécifiques.

---

<sup>56</sup> [www.iaigc.org](http://www.iaigc.org) – Convention

<sup>57</sup> CNUCED - *World Investment Report*, Genève, United Nations publications, 1998, p.101

<sup>58</sup> L'Accord de Promotion, Protection et Garantie des Investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique, qui précise « tous les avoirs (absolument tout ce que pourrait être évaluer en termes monétaires) détenus par une partie contractante du présent Accord ou par ses nationaux, soit-il personnes physiques ou une entité juridique, présentent sur le territoire d'un autre partie

Une autre question qui se pose alors est de savoir si dans une telle acception, le terme investissement couvre aussi le *réinvestissement*, c'est-à-dire les produits obtenus par l'investissement initial. Il est supposé toutefois que ces produits ont été obtenus dans le pays d'accueil, donc sans être importés de l'étranger, comme c'est le cas du capital initial. De ce point de vue, comme les pays veulent encourager l'importation du capital, les profits obtenus sur le territoire ne présentent pas la même importance<sup>60</sup>.

En même temps, pour les investisseurs étrangers, les politiques du pays d'accueil concernant leurs avoirs, ont une grande importance, et ils préfèrent disposer du même traitement pour le capital initial et pour les bénéfices réinvestis<sup>61</sup>. D'ailleurs des nombreux traités bilatéraux précisent que les réinvestissements sont couverts de la même manière que l'investissement initial, ou pour plus de précision, qu'ils sont couverts si leur placement est réalisé conformément aux conditions stipulées pour l'investissement initial<sup>62</sup>.

De cette manière les réinvestissements peuvent prétendre avoir droits aux bénéfices prévus par le traité établi pour l'investissement initial, comme c'est le cas de la Convention déjà évoquée qui a constitué la Compagnie pour la Garantie des Investissements entre les pays arabes. Elle prévoit que « l'investissement (ré) des bénéfices obtenus par l'investissement initial auront eux aussi droit à l'assurance<sup>63</sup> ».

---

contractante, même s'ils ont été transférés ou obtenus sur place, et, même s'il s'agit des biens mobiles, immobiliers, du numéraire, en effet, des biens tangibles, aussi que tout ce qui appartient au capital et à l'investissement du droit et qui devrait inclure les profits nets réalisés par ces avoirs, ainsi que les actions indivisibles et des avoirs intangibles ».

<sup>59</sup> Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among Member States of the Organisation of the Islamic Conference, art.1.4, [www.iaigc.org](http://www.iaigc.org)

<sup>60</sup> OMC/WTO (1998) – op.cit.p.8

<sup>61</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.12

<sup>62</sup> Article no 2 du Traité Bilatéral entre Belgique, Luxembourg, Union Economique et Chypre

<sup>63</sup> Voir [www.iaigc.org](http://www.iaigc.org) - Convention

## 1.2 Les critères restrictifs de la définition

Dans la réalité économique plusieurs accords d'investissement prévoient diverses *restrictions* pour limiter l'ampleur de la définition de l'investissement. Parmi les plus fréquentes employées dans les accords on peut citer la mention qui prévoit que l'investissement est couvert par l'accord seulement s'il correspond aux lois du pays d'accueil. Par exemple, dans le traité bilatéral type utilisé par la Chine, dans l'article 1.1, il est prévu que « le terme *investissement* signifie tous les types d'avoirs investis par les investisseurs d'une partie contractante, en conformité avec les lois et réglementations de l'autre partie contractante, sur le territoire de cette dernière [...]»<sup>64</sup>.

Ainsi, pour les accords qui prévoient cette restriction, si l'investissement n'a pas été établi conformément aux lois et réglementations du pays, il ne pourra entrer dans la définition de l'investissement mentionnée dans l'accord.

Une autre alternative conceptuelle prévoit l'existence d'une clause distincte qui indique qu'un accord s'appliquera seulement aux investissements réalisés en conformité avec les lois et les réglementations du pays d'accueil ou qui ont été approuvés préalablement par les représentants du gouvernement de ce pays<sup>65</sup>.

### 1.2.1 La durée de l'investissement

Une autre catégorie de restrictions imposées à la définition de l'investissement fait référence à la date de la signature de l'accord ou à la date de son entrée en vigueur<sup>66</sup>, pour exclure des droits tout

---

<sup>64</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.14

<sup>65</sup> l'Accord ASEAN pour la promotion et la protection des investissements, art.II(1)

<sup>66</sup> On pourrait donner comme exemple l'article 9 du Traité bilatéral entre l'Allemagne et Sri Lanka, qui prévoit que « le présent Traité s'appliquera à tous les investissements

investissement réalisé avant cette date<sup>67</sup>. Ce type de restriction est employé parfois par les pays en développement qui cherchent à exclure des avantages accordés les investissements établis sur leur territoire avant l'entrée en vigueur de l'accord de protection. Il s'agit d'éviter un effet d'aubaine qui profiterait indûment aux investissements antérieurs au traité<sup>68</sup>.

Une autre raison pour expliquer cette tendance à exclure les investissements préexistants des avantages financiers résultant de l'accord est, sans doute, sa licéité<sup>69</sup>, quand un nouvel accord remplace d'anciens traités qui donnaient à l'investisseur le droit de choisir entre différents régimes internationaux<sup>70</sup>.

D'un autre côté, l'exclusion d'un investissement préexistant pourrait mécontenter les investisseurs qui se verraient placés dans une position désavantageuse vis-à-vis des investisseurs qui établiront des investissements après l'entrée en vigueur d'un accord. L'exclusion des investissements préexistants pourrait ainsi nuire à la crédibilité d'un pays hôte au regard de ses promesses d'octroi d'un climat favorable aux investissements<sup>71</sup>. Malgré cela certains accords n'hésitent pas à prévoir l'exclusion des investissements antérieurs comme le montre cette clause insérée spécialement pour exclure tous les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur de la Loi indonésienne no.1 du 1967, concernant l'Investissement du Capital Etranger<sup>72</sup> : « les droits et les obligations des parties contractantes concernant les investissements réalisés avant le 10 janvier 1967 ne devront être affectés d'aucune manière par les clauses du présent accord<sup>73</sup> ».

---

réalisés le 8 novembre 1963, ou après cette date, par des nationaux ou des compagnies des parties contractantes, dans le territoire de l'autre partie contractante, en accord avec la législation de cette dernière. »

<sup>67</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.15

<sup>68</sup> OMC/WTO (1998) – op.cit.p.8

<sup>69</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.17

<sup>70</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.18

<sup>71</sup> OMC/WTO (1998) – op.cit.p.10

<sup>72</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.20

<sup>73</sup> Traité bilatéral entre l'Indonésie et la Grande Bretagne, article 2(3)

A l'opposé de cette option réductrice, la plupart des accords bilatéraux d'investissement ne mentionnent pas l'exclusion des investissements préexistants. Au contraire, certains précisent clairement qu'ils s'appliquent même à ces investissements : « le présent accord devrait s'appliquer aussi aux investissements dans le territoire d'une partie contractante réalisés conformément aux lois et règlements du pays, par l'investisseur de l'autre partie contractante, existants déjà à l'heure d'entrée en vigueur du présent accord<sup>74</sup> ».

### *1.2.2 La nature de l'investissement*

Une autre catégorie de limites fait référence à l'exclusion des investissements qui ne sont pas des investissements directs, comme le sont les investissements de portefeuille. Dans ce cas de figure il peut être ainsi mentionné que le terme investissement devrait faire référence aux « investissements réalisés dans le but d'établir des relations économiques durables entre l'investisseur et la compagnie, et qui offriront à l'investisseur la possibilité d'exercer une influence significative dans la gestion de la compagnie concernée<sup>75</sup> ». Une telle restriction peut se trouver insérée dans un accord destiné à faciliter les flux des investissements internationaux, quand le pays d'accueil veut attirer les investissements étrangers, mais pas nécessairement des investissements de portefeuille, dont le pays d'accueil craint les effets préjudiciables éventuels<sup>76</sup>.

Dans ce contexte, il faut mentionner d'autres définitions qui parfois n'apparaissent pas dans des accords bilatéraux, comme la définition du FMI pour les investissements directs étrangers présentée plus haut<sup>77</sup>. En même temps, la définition de l'OCDE « recommande qu'une entreprise d'investissement étranger soit définie comme une

---

<sup>74</sup> Traité bilatéral entre l'Estonie et la Suisse, article 6

<sup>75</sup> Traité bilatéral entre la Pologne et le Danemark, article I(1(b))

<sup>76</sup> OMC/WTO (1998) – op.cit.p.12

<sup>77</sup> IMF - *Balance of Payments Manual*, Washington, D.C.1993, p.86

entreprise dans laquelle l'investisseur étranger détient 10 % ou plus des actions ordinaires ou du pouvoir de vote<sup>78</sup> ».

Un accord d'investissement peut toutefois inclure un investissement de portefeuille, s'il est à long terme. Dans ce cas, l'élément le plus important qui est pris en compte n'est pas le degré d'influence de l'investisseur dans la gestion de la société, mais la durée de l'investissement.

Par exemple, la Convention pour établir la Compagnie pour la garantie des investissements entre les pays arabes<sup>79</sup>, définit ainsi les investissements éligibles pour être assurés par la Compagnie :

« (1) Les investissements éligibles pour être assurés incluent tous les investissements réalisés entre les pays participants, aussi bien les investissements directs (inclusivement des entreprises et leurs branches ou agences, propriété d'une partie du capital, et propriété immobilière), que les investissements de portefeuille (inclusivement actions et obligations).

Les investissements éligibles incluent aussi des crédits pour un terme dépassant trois ans, mais aussi des crédits à court terme que le Conseil pourrait décider de traiter, dans des situations exceptionnelles, comme éligibles.

(2) Pour identifier les investissements correspondants aux objectifs annoncés dans le paragraphe précédent, la Compagnie prendra en compte les directives du FMI sur la définition des actifs et des passifs à long terme, dans le contexte de la préparation statistique de la balance des paiements<sup>80</sup> ».

Bien que les investissements à court terme ne soient pas exclus, cette définition marque clairement sa préférence pour les

---

<sup>78</sup> OCDE - *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Paris, 1996, p.8

<sup>79</sup> Convention of Inter-Arab Investment Guarantee Corporation, art. 15, [www.iaigc.org](http://www.iaigc.org)

<sup>80</sup> CNUCED ( 1999) – op.cit.p.23

investissements à long terme, qui devraient être précisés comme tels dans un accord d'investissement.

### *1.2.3 La taille de l'investissement*

Une autre catégorie de restrictions fait référence à l'exclusion d'un investissement en raison de ses dimensions. Par exemple, le Code d'investissement de la Communauté économique des Pays des Grands Lacs<sup>81</sup>, précise « que le volume minimal d'un investissement est fixé à un million de dollars US ou à l'équivalent ». Ce genre de précision peut apparaître dans des accords de promotion des investissements étrangers où il est considéré que seul un investissement d'une ampleur déterminée mais importante pourra apporter des bénéfices significatifs au pays d'accueil<sup>82</sup>.

Toutefois, beaucoup de pays sont ouverts aux investissements réalisés par des entreprises de taille petite et moyenne, ce qui fait que ce type de restriction n'est pas inséré fréquemment dans les accords. Cela explique qu'une grande majorité de pays ne soit pas en faveur d'une mention relative à la taille de l'investissement dans les accords qu'ils passent.

### *1.2.4 Le secteur de l'économie*

En ce qui concerne le secteur économique, il est possible que la définition du terme investissement soit limitée seulement à certains secteurs d'activité. Par exemple, dans le Traité pour l'Energie, il est précisé que : « le terme « investissement » se réfère à tout investissement associé à une activité économique dans le secteur énergétique ou à des investissements ou des catégories

---

<sup>81</sup> Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries, art.15

<sup>82</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.24



d'investissements mentionnés par une partie contractante dans son domaine, [...], et notifiés ainsi au secrétariat<sup>83</sup> ».

Dans cette situation particulière, l'accord est manifestement destiné à couvrir un secteur d'activité déterminé, en l'occurrence le secteur énergétique, et toutes ses clauses sont limitées audit secteur.

Il n'est pas exclu pourtant que dans certains accords, surtout ceux qui libéralisent et encouragent les flux internationaux d'investissements, un pays d'accueil puisse désirer par une clause particulière étendre éventuellement le champ d'application initial de l'accord, alors qu'il était dans un premier temps limité à des investissements réalisés seulement dans un secteur de l'économie<sup>84</sup>. Une telle approche est illustrée dans l'Accord général pour le commerce des services (GATS), où, au lieu de restreindre le champ d'intervention de l'investissement, il est permis aux Etats signataires, dans l'article XVI, d'opter pour des engagements sectoriels pour l'extension de l'accord dans les domaines désirés par l'Etat concerné.

### 1.2.5 Des définitions alternatives

A côté des définitions classiques que nous venons de voir, fondées sur l'actif de l'entreprise, il existe des définitions alternatives qui prennent en compte la notion d'entreprise commerciale et le critère du contrôle des intérêts dans cette entreprise. Un exemple en ce sens est constitué par l'Accord de libre commerce entre le Canada et les Etats-Unis<sup>85</sup>, qui inclut dans la définition du terme *investissement* la création ou l'acquisition d'une société commerciale, ou d'une part de capital dans une entreprise ou société commerciale, qui offre à

---

<sup>83</sup> CNUCED – *International Investment Instruments : A Compendium*, « The Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty (1994) », UN publications, 1996, vol. II, p.549

<sup>84</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.17

<sup>85</sup> Canada-United States Free Trade Agreement, 1988

l'investisseur le contrôle sur l'entreprise en question. Bien que la plupart des définitions fondées sur l'actif de l'entreprise soient habituellement plus larges que celles fondées sur la notion d'entreprise, en pratique, avec les restrictions employées, on constate un rapprochement considérable<sup>86</sup> entre ces deux possibilités. Ainsi est-il parfois difficile de faire la différence entre les deux.

D'abord, dans la définition fondée sur le critère de l'actif, nous retrouvons la notion de *firme*, sans qu'il soit possible de préciser s'il s'agit ou non d'une société commerciale. Le terme de société commerciale est sans doute plus restreint que celui de « firme », mais comme nous l'avons vu, dans beaucoup d'accords il existe des restrictions imposées à la définition généralisée de l'investissement avec la volonté d'inclure dans le champ de l'accord les seuls investissements établis dans un but commercial.

Deuxièmement, si on fait référence à l'Accord entre le Canada et les Etats-Unis, celui-ci se réfère à des investissements directs, ce qui exclut les investissements de portefeuille. Toutefois, les définitions fondées sur les actifs, peuvent limiter parfois la notion d'investissement, en excluant différents types d'investissement, notamment les investissements de portefeuille<sup>87</sup>.

Une autre alternative à la définition détaillée de l'investissement fondée sur les actifs consiste à omettre la définition générale et à inclure à la place une énumération des transactions couvertes par l'investissement en question<sup>88</sup>.

Un exemple, en ce sens, se trouve dans le Code de libéralisation de mouvements de capitaux de l'OCDE, où les termes « investissement » et « capital » ne sont pas réellement définis, mais où existe dans l'Annexe A une liste des mouvements de capitaux à libéraliser. Cette

---

<sup>86</sup> OMC/WTO – op.cit.p.13

<sup>87</sup> CNUCED ( 1999b) – op.cit.p.19

<sup>88</sup> CNUCED ( 1999b) – op.cit.p.21

liste est assez longue et elle inclut une large variété des mouvements de capitaux, parmi lesquels se trouvent aussi les investissements directs<sup>89</sup>.

Une autre alternative rencontrée dans les instruments juridiques concerne une définition de l'investissement fondée sur la transaction<sup>90</sup>. Elle est différente du point de vue conceptuel de la définition fondée sur l'actif. Le Code de l'OCDE par sa nature s'applique aux transactions, pas aux actifs. Parce que le Code a comme objectif principal la libéralisation des mouvements de capitaux, sa conception de l'investissement prend en compte seulement les transactions concernant la mise en place et la liquidation d'un investissement, mais pas la protection des biens.

C'est sur cet aspect que surgit la distinction entre les deux définitions, et on pourrait rejoindre ainsi l'idée énoncée plus haut que la définition de l'investissement devrait être dépendante de l'objectif de l'accord, soit pour libéraliser, soit pour protéger l'investissement.

## **2. Les autres concepts économiques**

Dans les nombreux instruments juridiques existants il est question d'autres concepts économiques qui influencent aussi leur portée normative. Ils prennent en considération : l'investisseur (2.1), le territoire (2.2), les revenus (2.3), le risque politique (2.4) et les coûts de transaction (2.5).

### *2.1 L'investisseur*

L'approche classique du droit international des investissements qualifie en priorité l'investissement du point de vue du pouvoir

---

<sup>89</sup> OCDE – *Introduction to the OCDE Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Transactions*, Paris, 1995

<sup>90</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.23

réglementaire. La perspective de l'investisseur n'est pas toujours prise en compte, bien qu'il soit l'élément clé du processus d'investissement. Pour cette raison la définition de la notion d'*investisseur* a autant d'importance que celle de la notion d'investissement.

Traditionnellement, les accords d'investissements font référence à des investissements réalisés par des investisseurs bien identifiés. En règle générale, dans la définition du terme *investisseur* coexistent deux types d'entités: des individus ou personnes physiques et des personnes morales<sup>91</sup>. Même quand le terme d'investisseur n'est pas employé dans un accord, on y trouve des références aux « nationaux » et aux « compagnies » qui ont le mêmes sens<sup>92</sup>.

La catégorie des investisseurs personnes physiques ne soulève pas des problèmes dans la mesure où il y a un lien de nationalité entre la personne et l'Etat partie à l'accord. La catégorie des personnes morales, en revanche, peut être définie selon les accords considérés, dans le but d'inclure ou d'exclure des types précis d'entités, en fonction de leur objet d'activité, de la forme de propriété sur leur capital et leur type d'organisation de même qu'en fonction de leur forme légale<sup>93</sup>.

Les différences entre *les formes de personnes morales* sont très importantes pour le pays d'accueil, car elles déterminent les actifs qui, le cas échéant, pourraient rembourser les créiteurs ou la mesure dans laquelle l'entité pourrait être poursuivie en justice. Un pays d'accueil pourra ainsi interdire à une entité économique d'opérer sur son territoire si son statut présente des limitations légales de responsabilité et des prédispositions des possibilités de poursuites en justice, ou encore si son statut la met à l'abri des responsabilités financières pour les dommages qu'elle pourrait causer<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.31

<sup>92</sup> OMC/WTO – op.cit.p.13

<sup>93</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.15

<sup>94</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.16

Une entreprise d'investissement direct peut être une entreprise jouissant de la personnalité morale -filiale ou société affiliée- ou une entreprise n'ayant pas de personnalité morale (agence). Les investisseurs directs peuvent détenir des entreprises d'investissement direct qui ont elles mêmes des filiales, des sociétés affiliées et des agences dans un ou plusieurs pays<sup>95</sup>.

Les structures juridiques des groupes d'entreprises sont très complexes et peuvent n'avoir aucun rapport avec les responsabilités de gestion<sup>96</sup>. Pour donner un exemple, lorsqu'une société A possède une partie du capital d'une filiale B qui, elle-même, a une filiale C dont l'existence dépend de B, et non de A, on peut soutenir que C ne doit pas être considérée comme faisant partie de l'investissement direct à l'étranger de A. Dans la pratique, cependant, il est difficile de faire ce genre de distinction, car A peut exercer un contrôle total de filiales dont elle ne détient qu'une partie du capital, et elle peut avoir décidé d'investir dans C par le canal de B plutôt qu'autrement.

Pour cette raison, l'OCDE considère que les statistiques relatives aux investissements directs de l'étranger et à l'étranger devraient, en principe, englober toutes les filiales, sociétés affiliées et succursales, détenues directement ou indirectement<sup>97</sup>. L'OCDE recommande d'adopter pour ces entreprises la définition suivante :

□ **Filiales**

La société X est filiale d'une entreprise N si, et uniquement si:

a. l'entreprise N:

- est actionnaire ou membre de X et a le droit de désigner ou de révoquer une majorité des membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance de X, ou

---

<sup>95</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.16

<sup>96</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.32

<sup>97</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.18

- possède plus de la moitié des droits de vote des actionnaires ou des membres de X, ou

b. si la société X est une filiale de n'importe quelle autre société Y, elle-même filiale de N.

#### □ **Sociétés affiliées**

Une société R est une société affiliée de l'entreprise N, si N, ses filiales et ses autres entreprises affiliées ne possèdent pas plus de 50% des droits de vote des actionnaires ou des membres dans la société R, et si N et ses filiales ont une participation d'investissement direct dans la société R. Ainsi la société R est affiliée de N si N et ses filiales possèdent de 10 à 50 % des droits de vote des actionnaires dans la société R.

#### □ **Succursales**

Une succursale d'investissement direct est une entreprise non dotée de la personnalité morale dans le pays d'accueil, qui :

a. est un établissement stable ou bureau d'un investisseur direct étranger, ou

b. est une société de personnes ou une co-entreprise n'ayant pas la personnalité morale, constituée entre un investisseur direct étranger et des tiers; ou

c. est un terrain, des bâtiments (sauf ceux appartenant à un organisme public étranger) et du matériel et des biens immeubles situés dans le pays d'accueil et appartenant directement à un résident étranger. Les résidences secondaires et de vacances appartenant à des

non-résidents sont donc considérées comme faisant partie des investissements directs, même si, en réalité, il n'y a guère de pays qui fassent figurer ces investissements dans leurs statistiques d'investissement direct; ou

d. est un équipement mobile (tels que navires, avions, derricks et plates-formes pétrolières), exploité sur le territoire d'un pays pendant un an au moins, s'il est comptabilisé séparément par l'opérateur et admis comme tel par les autorités fiscales. Ce matériel est considéré comme un investissement direct pratiqué dans une entreprise dans le pays d'accueil<sup>98</sup>.

Les statistiques établies à partir de ces définitions devraient, en principe, couvrir toutes les entreprises dans lesquelles l'investisseur possède, par lui-même ou indirectement, une participation d'investissement direct.

Néanmoins, d'autres éléments doivent être pris en compte. Ainsi, dans les accords d'investissement, en ce qui concerne la définition de l'investisseur, nous constatons l'existence d'un certain nombre de critères d'exclusion des personnes morales (2.1.1), ainsi que des précisions relatives à la relation entre l'investisseur et l'Etat (2.1.2), ou entre l'investisseur et l'investissement réalisé (2.1.3).

### *2.1.1 Les critères d'exclusion des personnes morales*

En général, selon la méthodologie de la CNUCED, les accords d'investissement peuvent inclure ou exclure des personnes morales de leur champ d'application en fonction de certains critères ayant trait selon les cas : à leur forme juridique, à leur secteur d'activité ou à la forme de propriété.

---

<sup>98</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.20

### *Exclusions fondées sur la forme légale*

Les exclusions déterminées par la forme légale sont assez rares<sup>99</sup>. Le modèle de Traité bilatéral de la Confédération Suisse stipule en son article I (1) (b) que le terme « investisseur » fait référence aux « entités légales, comme les entreprises, les corporations, les associations commerciales et autres organisations (...) »<sup>100</sup>, ce qui signifie que toutes les personnes morales, indifféremment de leur forme, peuvent être considérées comme « investisseurs ».

Pour autant, la considération de la forme légale, donc du statut juridique des personnes morales peut revêtir une certaine importance pour le pays d'accueil. La forme, le statut juridique d'une entité détermine, par exemple, les types de biens qui pourraient être saisis le cas échéant par les créiteurs pour couvrir les dettes<sup>101</sup>.

Dans certains accords en revanche, c'est l'investissement et pas l'investisseur qui est présent dans le pays d'accueil, parce que le terme « investissement » désigne la personne morale ou une autre entité créée avec le capital investi par l'investisseur<sup>102</sup>. Dans ce cas, tout préjudice éventuel occasionné sur le territoire du pays d'accueil tel que les dommages aux propriétés ou à l'environnement sont le résultat de l'action de l'investissement, et non de l'investisseur.

Cela explique que la considération de la forme légale de l'investissement est plus importante pour l'Etat d'accueil que le statut juridique de l'investisseur<sup>103</sup>. De plus, la décision de décourager certaines formes d'investisseurs pourrait avoir comme effet final de décourager certains types d'investissement<sup>104</sup>. Par exemple, les

---

<sup>99</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.33

<sup>100</sup> Le model de Traité bilatéral utilisé par la Confédération Suisse, article I (1) (b)

<sup>101</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.34

<sup>102</sup> OCDE (1996c) – op.cit.p.20

<sup>103</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.34

<sup>104</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.35



investisseurs de taille moyenne et petite sont assez souvent organisés différemment des grands investisseurs, en utilisant davantage les formes associatives commerciales, autres que les sociétés anonymes et les entreprises. C'est peut être pour cette raison que le terme « investissement » inclut habituellement toutes les entités économiques, sans précision sur leur forme juridique<sup>105</sup>.

### *Exclusions fondées sur l'objectif d'activité*

Les entités économiques peuvent se voir exclues du champ d'application d'un accord d'investissement en raison de la nature de leur activité.

Par exemple, un accord d'investissement peut exclure des entités non-commerciales, comme les associations à but non lucratif. L'AMIGA définit par exemple comme investisseur éligible seulement les entités juridiques qui « opèrent sur une base commerciale<sup>106</sup> ».

Il arrive cependant que les Etats signataires d'un accord d'investissement désirent inclure dans la catégorie des investisseurs les entités non-commerciales. C'était par exemple le cas de la République Fédérale d'Allemagne, qui dans le modèle de Traité bilatéral, en 1991, définissait comme « société », toute personne juridique, ainsi que toute société commerciale ou autre compagnie ou association, avec ou sans personnalité morale, indépendamment du fait que ses activités aient comme but le profit ou pas ». Il est en effet possible que des entités à but non lucratif acquièrent des investissements de portefeuille dans des entreprises commerciales pour obtenir des revenus nécessaires destinés à soutenir leur propre activité. Dans ce cas, ces entités peuvent réagir comme tout autre investisseur de portefeuille, ce qui fait que leur statut

---

<sup>105</sup> OMC/WTO – op.cit.p.15

<sup>106</sup> World Bank – *Convention Establishing the MIGA*, Washington, 1985, article 13 (a)(iii)

d'organisme à but non lucratif n'a en l'occurrence aucune signification particulière<sup>107</sup>.

### *Exclusion fondée sur la forme de la propriété*

Parfois les entités juridiques peuvent être exclues de la notion d'investisseur, simplement parce qu'elles appartiennent à l'Etat. Il existe cependant des accords qui précisent que les entités propriété d'Etat sont couvertes par leurs dispositions, comme par exemple, l'Accord Commun pour l'investissement du capital arabe dans les Etats arabes, qui mentionne que « les entreprises qui sont entièrement propriétés d'Etat, directe ou indirecte, doivent aussi être considérés comme citoyens arabes<sup>108</sup> ». De la même manière, l'AMIGA définit comme investisseur éligible une personne juridique « de propriété privée ou pas (...)»<sup>109</sup>.

### *2.1.2 La relation entre l'investisseur et l'Etat*

Comme il a été déjà précisé, il est important d'établir le lien entre l'investisseur et l'Etat qui est partie à un accord d'investissement. Les personnes physiques et morales sont considérées comme « investisseurs » dans les termes d'un accord d'investissement seulement si elles détiennent la nationalité d'un des Etat signataires de l'accord ou, à titre d'alternative, quand elles sont liées à cet Etat d'une autre manière, comme la résidence permanente ou temporaire<sup>110</sup>. S'agissant de la nationalité, celle-ci est toujours attestée par la loi nationale de chaque Etat<sup>111</sup>. Par exemple, l'article I (1) de « l'Accord ASEAN pour la promotion et la protection des investissements »

---

<sup>107</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.35

<sup>108</sup> Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States, art.1.4

<sup>109</sup> World Bank (1985) – op.cit.p.9, article 13 (a)(iii)

<sup>110</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.36

<sup>111</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.36

mentionne que le terme « nationaux » doit être défini conformément à la Constitution et aux lois nationales de chaque partie contractante<sup>112</sup> ».

La plupart des accords n'exigent pas l'existence d'un lien de nationalité pour attribuer la qualité d'investisseur à une personne physique ou morale. En revanche, certains accords demandent que soit clairement établi un lien de nationalité entre celui qui prétend au statut d'investisseur et l'Etat partie au traité dont il se réclame. Tel est le cas du traité bilatéral entre l'Allemagne et Israël. Dans son article 1 (3) (b), il précise que le terme « nationaux » signifie, au regard des lois d'Israël, « des citoyens israéliens résidents permanents de l'Etat d'Israël ».

Ainsi, le concept de résident permanent peut être utilisé à la fois comme critère supplémentaire du lien de nationalité et comme une alternative. Cette dernière situation est particulièrement favorable aux pays à forte immigration, où une partie importante de la population active peut ne pas avoir la nationalité du pays. Ces pays, comme le Canada, l'Australie et les Etats-Unis, élargissent régulièrement le statut légal des résidents permanents<sup>113</sup>.

Il y a toutefois une question que la plupart des accords ne soulève pas : celle de savoir si une personne physique peut être considérée comme investisseur, quand, étant double nationale, elle possède la nationalité des deux Etats signataires de l'accord, respectivement l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine. Cette situation pourrait susciter des discussions dans le cas d'un accord visant la protection de l'investissement étranger<sup>114</sup>.

Sous les auspices des règles coutumières internationales un Etat est admis à exercer sa protection diplomatique en faveur d'un de ces

---

<sup>112</sup> CNUCED - ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments, in International Investment Instruments: A Compendium, vol.III, Geneva, United Nations publications, 1996

<sup>113</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.38

<sup>114</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.38

nationaux, même si le national en question possède la nationalité d'un autre Etat. La condition est toutefois qu'existe entre le national et l'Etat requis un lien de nationalité dominant et effectif<sup>115</sup>. Un exemple en ce sens est la convention AMIGA, dans laquelle il est précisé que « dans la situation où l'investisseur détient plus d'une nationalité, la nationalité d'un membre devrait prévaloir sur la nationalité d'un non-membre, et la nationalité du pays d'accueil devrait prévaloir sur la nationalité de tout autre membre<sup>116</sup> ». L'article 17.3 de la Convention établissant la « Corporation pour la Garantie des investissements entre les pays arabes », ainsi que l'article 1.7 de « l'Accord commun pour l'investissement du capital arabe dans les Etats arabes », emploient des formules à peu près similaires<sup>117</sup>. Il paraît acquis en pratique que si un pays ne souhaite pas étendre la couverture d'un traité sur les investissements à des binationaux, il doit obtenir que des clauses spécifiques et explicites le précisent dans l'accord lui-même.

En ce qui concerne *les entités juridiques*, la plupart des accords d'investissements utilisent un des trois critères ci-dessous pour déterminer la nationalité :

- le pays d'origine;
- le pays du siège;
- le pays de la propriété ou du contrôle du capital.

Dans certains cas, c'est une combinaison de ces trois critères qui est mise en œuvre.

Un exemple d'accord utilisant le premier critère est le traité de l'Energie (Energie Charter Treaty) où dans l'article 1 (7)(a) (ii) le terme « investisseur » signifie « une firme ou autre organisation établie selon les lois applicables dans le pays partie contractante du traité ». L'utilisation du critère du pays d'origine de l'entité est compatible avec la décision prise par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire

---

<sup>115</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.38

<sup>116</sup> World Bank (1985) – op.cit.p.9, article 13 (b)

<sup>117</sup> www.iaigc.org : Convention

Barcelona Traction<sup>118</sup>. Ce critère présente l'avantage de la facilité d'application et de la stabilité, car habituellement il n'y a aucun doute en ce qui concerne le pays où la compagnie a été enregistrée et sous les lois duquel elle est organisée<sup>119</sup> outre que ce pays ne change que très rarement.

A l'opposé, ce critère présente l'inconvénient de s'appuyer sur un lien relativement peu significatif entre l'investisseur et le pays de nationalité. Une société pourrait ainsi invoquer la nationalité d'un pays particulier, même si aucun national de ce pays ne participe à la gestion ou ne détient une part de ses actions et même si ladite société n'est engagée dans aucune activité au sein de ce pays. Un pays dit d'« origine », pourrait alors se trouver dans la situation de protéger un investisseur qui ne lui apporte aucun bénéfice économique<sup>120</sup>.

Cela pourrait tout aussi bien concerner le pays d'accueil, contraint d'étendre sa protection à l'investissement réalisé par une telle société sur le fondement d'un accord signé avec le pays d'origine.

Pour cette raison, le modèle du traité bilatéral employé par les Etats-Unis, qui utilise aussi le critère de « pays d'origine de l'entité » comme test de la nationalité, permet à l'Etat d'accueil de refuser d'étendre la protection du traité d'investissement, si les investisseurs de l'autre partie n'ont pas d'activités commerciales substantielles sur le territoire de cette dernière, ou si le pays tiers qui est le pays de nationalité des investisseurs qui contrôlent la société n'a pas de relations économiques normales avec le pays d'origine<sup>121</sup>. Il est précisé ainsi: que

---

<sup>118</sup> ICJ, 1970 - Dans cette affaire, la Belgique voulait exercer la protection diplomatique sur une firme dont la majorité des actions étaient détenues par des citoyens belges, mais la compagnie en question a été établie au Canada, sous les lois canadiennes. La Cour Internationale de Justice a statué que seulement le Canada, l'Etat de la nationalité de cette compagnie, pourrait donner suite à la procédure de compensation pour les dommages subis par la compagnie susmentionnée.

<sup>119</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.40

<sup>120</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.40

<sup>121</sup> VANDEVELDE K. – « United States Bilateral Investment Treaties : the second wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, vol.II, p.627

« Chaque partie se réserve le droit de refuser à une compagnie de l'autre partie les bénéfices du présent Traité, si les nationaux d'un troisième pays détiennent ou contrôlent ladite compagnie et :

- a. si la partie refusée ne maintient pas des relations économiques normales avec ce troisième pays ;
- b. si la compagnie n'a pas d'activités commerciales importantes sur le territoire de la partie sous les lois dont elle a été constituée ou organisée<sup>122</sup> ».

De même, le Traité pour la Communauté des Caraïbes, par exemple, demande que l'entité considérée potentiellement comme investisseur déploie une « activité substantielle » dans son pays de nationalité<sup>123</sup>.

En ce qui concerne le deuxième critère, un exemple de traité utilisant le siège de l'entreprise comme base pour attribuer la nationalité est le modèle allemand de traité bilatéral, datant du 1991. Ce modèle considère comme entreprise, « toute personne juridique, ainsi que toute société commerciale ou association avec ou sans personnalité morale, ayant son siège sur le territoire de la République Fédérale Allemande (...)»<sup>124</sup>.

Le critère du siège reflète mieux la relation économique entre l'entreprise et le pays de nationalité<sup>125</sup>. En général, le « siège de l'entreprise » est considéré comme étant le lieu où intervient effectivement le processus décisionnel.

Le troisième critère, qui prend en compte le pays du contrôle ou de la propriété de l'investissement est le plus difficile à mettre en oeuvre et le moins stable, spécialement pour les entreprises qui sont cotées en

---

<sup>122</sup> Modèle du traité bilatéral des Etats-Unis, article XII

<sup>123</sup> [www.caricom.org](http://www.caricom.org)

<sup>124</sup> Modèle du traité bilatéral de la République Fédérale Allemande, article 1.4(a)

<sup>125</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.39

bourse<sup>126</sup>. Son principal avantage réside en ce qu'il établit un lien économique entre l'accès aux dispositions d'un accord d'investissement et une entreprise.

C'est la raison pour laquelle ce critère est plutôt employé en combinaison avec d'autres critères aux fins d'obtenir un degré plus important de certitude et de stabilité. Par exemple, le modèle de Traité bilatéral mis en œuvre par la Commission Consultative Légale pour l'Asie et l'Afrique (*Asian-African Legal Consultative Committee's AALCC*) précise comme définition pour « entreprises » ou « entités » : les corporations, firmes, associations les sociétés anonymes, constituées ou enregistrées dans une Partie Contractante en conformité avec ses lois, étant incluses toutes les entités dans lesquelles les nationaux d'une partie contractante ont un intérêt important et une majorité des actions.

Le modèle de traité des Etats-Unis, présenté antérieurement, combine lui aussi le critère du pays d'origine (ou d'enregistrement) de l'entité comme référent de nationalité avec le critère de la propriété, en accordant au pays d'accueil la possibilité de refuser la protection du traité à une entité si le critère du pays de la propriété n'est pas rempli<sup>127</sup>.

De la même manière, le critère de la propriété et du contrôle peut être utilisé en combinaison avec le critère du pays du siège. Ainsi, l'article 17.1 de la Convention établissant la Corporation pour la Garantie des Investissements entre les pays Inter-arabes, mentionne que « pour être accepté comme partie dans un contrat d'assurance, l'investisseur devrait être une personne physique, qui est un national d'un pays contractant, ou une personne morale dont les actions seraient en majeure partie la propriété d'un ou plusieurs pays contractants ou de leurs nationaux, et dont le siège est établi dans un

---

<sup>126</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.39

<sup>127</sup> VANDEVELDE K (1992) – op.cit.p.26

des ces pays<sup>128</sup> ». La Convention autorise une dérogation sur les exigences concernant le siège pour une entité juridique qui est détenue en proportion d'au moins 50% par les nationaux des pays contractants<sup>129</sup>.

L'article 1(2) de l'Accord ASEAN pour la Promotion et la Protection des Investissements précise que « le terme « entreprise » d'une partie contractante devrait signifier une société, une organisation ou autre association commerciale, constituée sous les auspices des lois en vigueur sur le territoire d'une partie contractante, où se trouve le siège de sa gestion effective<sup>130</sup> ». L'AMIGA combine aussi le critère du pays de l'entité avec celui du siège, mais donne la possibilité d'utiliser le critère de la propriété comme alternative<sup>131</sup>. L'article 13 (a) (ii) précise qu'une entité légale est un investisseur éligible en conformité avec le programme d'assurance de l'Agence, si « cette personne juridique est une société anonyme et elle a le siège dans un Etat membre, ou si la majorité de son capital est détenu par un membre ou par des membres ou des nationaux, mentionnant que ce membre n'est pas le pays d'accueil dans aucun des cas susmentionnés<sup>132</sup> ».

La Charte sur le Régime des Entreprises Industrielles Multinationales (*Multinational Industrial Enterprises Regime MIES*) dans la Zone Commerciale Préférentielle pour les Etats du Sud et de l'Est de l'Afrique, demande quant à elle que les trois critères soient remplis: L'article 1 précise qu'un « national » est « toute personne légale établie sous les lois d'un Etat membre, ayant son siège général dans ce même Etat membre, et ayant au moins 51% de ces actions détenues par des nationaux ou des agences du gouvernement de cet Etat membre(...)».

---

<sup>128</sup> Voir [www.iaigc.org](http://www.iaigc.org) - Convention

<sup>129</sup> CNUCED (1999b) – op.cit.p.23

<sup>130</sup> ASEAN – « The Framework Agreement on the ASEAN Investment Area », *Handbook of Investment Agreements in ASEAN*, Jakarta ASEAN Secretariat, 1998

CNUCED (1996) – op.cit.p.41, article 1(2)

<sup>131</sup> World Bank (1985) – op.cit.p.27

<sup>132</sup> [www.miga.org](http://www.miga.org)



Finalement, il faut mentionner qu'un nombre significatif d'entreprises ayant une activité soutenue au niveau international pourraient être exclues du champ d'application d'un accord d'investissement au moyen de l'utilisation cumulative des critères susmentionnés. Cet aspect a beaucoup d'importance pour les traités bilatéraux, plus que pour les traités multilatéraux qui ont une tendance à permettre le cumul des nationalités entre les pays signataires de l'accord<sup>133</sup>.

### *2.1.3 La relation entre l'investisseur et l'investissement réalisé*

Une autre question détermine l'envergure d'un accord d'investissement. Elle concerne la nature de la relation qui devrait exister entre l'investissement et l'investisseur. La conclusion évidente est que l'investissement doit être la propriété ou à tout le moins être contrôlé par l'investisseur.

Or très peu d'accords d'investissement présentent une définition des termes « propriété » ou « contrôle ». Une définition se trouve néanmoins dans le GATS, qui définit un investissement au plan juridique, comme étant :

- la propriété des personnes d'un Etat membre, si ces personnes détiennent plus de 50% des actions de l'entité;
- contrôlée par des personnes d'un Etat membre, si ces personnes disposent du pouvoir pour désigner la majorité des administrateurs ou influencer légalement ses actions;
- affiliée à une autre personne, quand l'entité en question contrôle ou est contrôlée par cette personne; ou quand les deux, l'entité et cette autre personne, sont contrôlées par la même personne<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> OMC/WTO (1998) – op.cit.p.14

<sup>134</sup> GATS - Article XXVIII (n), volume I, CNUCED, Genève, 1996, p.309-310

Cette définition présente ainsi la propriété ou le contrôle en termes quantitatifs, comme supposant la détention d'au moins 50% des actions, sinon comme étant la position donnant qualité à désigner la majorité des administrateurs.

Une approche similaire se trouve dans l'Accord pour établir le régime des entreprises CARICOM<sup>135</sup>, où, l'article 1.1 définit une « entreprise contrôlée » comme une entreprise dans laquelle les nationaux d'au moins deux des Etats membres « exercent le management et le contrôle en bénéficiant mutuellement des leurs actions » :

- le droit d'exercer plus de 51% du pouvoir de vote dans la compagnie;
- le droit de recevoir plus de moitié des dividendes qui devrait être payés par la compagnie;
- le droit de recevoir plus de la moitié du capital distribué dans le cas d'une liquidation ou d'une réduction des actions de la société en question (...) »

L'article 6.1 du Statut proposé pour une Entreprise Européenne, définit la prise de contrôle comme la situation dans laquelle « une personne physique ou morale :

- détient une majorité des actions ou des droits de vote;
- a le droit d'élire ou de révoquer la majorité des membres du Conseil d'administration, de gestion ou de contrôle, tout en étant en même temps actionnaire;
- est un actionnaire ou membre et exerce le contrôle en cherchant à obtenir une majorité des actions ou des droits de vote<sup>136</sup> ».

Une approche alternative consiste à décrire la propriété et le contrôle en termes qualitatifs. Par exemple, le protocole du traité

---

<sup>135</sup> [www.caricom.org](http://www.caricom.org)

<sup>136</sup> [www.lentrepriseeuropeenne.com](http://www.lentrepriseeuropeenne.com)

bilatéral entre l'Egypte et les Etats-Unis définit le « contrôle » comme avoir « une partie importante des droits de propriété et la capacité d'exercer une influence décisive<sup>137</sup> ». De la même manière, le Projet des Nations Unies de Code de Conduite pour les Entreprises Multinationales parle « d'influence significative<sup>138</sup> ».

En général, les définitions relatives à la propriété et au contrôle, en termes qualitatifs, ne demandent pas la détention de la majorité des actions ou d'un quantum spécifique de propriété. En effet, dans la pratique économique, le contrôle effectif d'une société est exercé par des actionnaires qui détiennent moins de la moitié du capital social de celle-ci. En diminuant les exigences à moins de 51%, un traité pourrait rendre plus facile la liaison nécessaire entre un investisseur et l'investissement, afin d'amener l'investissement dans le champ d'application du traité. Un exemple en ce sens se trouve dans la définition donnée par le Fond Monétaire International pour l'investissement direct étranger, qui précise « un seuil de 10% ou plus des actions ordinaires ou du pouvoir de vote, pour une société anonyme, ou l'équivalent pour une entreprise<sup>139</sup> ».

De la même manière, l'OCDE précise ainsi : « une voix effective dans l'administration de l'entreprise, mise en évidence par la détention de 10% des actions, implique que l'investisseur direct est capable d'influencer ou de participer dans la gestion de l'entreprise; il n'est pas nécessaire un contrôle absolu de l'investisseur étranger<sup>140</sup> ».

Une difficulté pourrait apparaître lorsqu'une société est détenue ou contrôlée indirectement par une autre<sup>141</sup>, et qu'en même temps elle entre dans le champ d'action d'un accord<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.29

<sup>138</sup> UN – *Draft United Nations Code of Conduct: Transnational Corporations*, Centre on Transnational Corporations, New York, 1976, p.11

<sup>139</sup> IMF - *Balance of Payments Manual*, Washington, D.C.1993, p.86

<sup>140</sup> OCDE (1996) – op.cit.p.8

<sup>141</sup> Par exemple, quand la compagnie « A » dispose d'un droit de contrôle dans la compagnie « B », qui a son tour, dispose d'un droit de contrôle dans la compagnie

Cette question suscite un intérêt particulier dans le cas où certaines sociétés opèrent dans des pays qui ne sont pas parties signataires de l'accord d'investissement<sup>143</sup>. Il s'agit d'une situation que chaque accord devrait prendre en compte, surtout dans les conditions de prolifération des systèmes de production intégrés au niveau international, mises en place par les entreprises multinationales.

Dans les accords d'investissement sont mentionnés aussi d'autres termes qui ont une influence directe sur la portée de l'accord en question, comme c'est le cas de la notion du territoire et de bénéfices obtenus.

## 2.2. *Le territoire*

En général, un investissement est couvert par un accord d'investissement seulement s'il se trouve sur le territoire d'un Etat membre signataire de l'accord. Parfois, quelques accords définissent le terme « territoire ». Parmi eux, le modèle de traité bilatéral du Chili présente la définition la plus commune, dans son article 1(3), qui mentionne qu'il faut entendre par « territoire », l'espace qui se trouve sous la souveraineté d'une de ces parties, incluses les zones économiques exclusives et le plateau continental où cette partie contractante en question exerce, en conformité avec les lois internationales, ses droits souverains ou sa juridiction<sup>144</sup> ».

Le Traité pour l'Energie (*Energy Charter Treaty*) offre une définition presque similaire, dans son article 1, paragraphe 10 :

---

« C », il se pose la question si la compagnie « C » devait être contrôlée par la compagnie « A ».

<sup>142</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.43

<sup>143</sup> Ainsi, comme dans l'exemple, si la compagnie « B » a la nationalité d'un pays qui ne fait pas partie de l'accord, pendant que les compagnies « A » et « C » ont la nationalité des pays partie de l'accord, alors la compagnie « A » pourrait encore demander la protection de l'accord même si son investissement dans la compagnie « C » est dirigé à travers la compagnie « B »?

<sup>144</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.44

« Territoire ou zone géographique (area ) signifie, pour tout Etat qui est partie contractante :

- le territoire sous sa souveraineté, tout en sous-entendant que ce territoire inclut la terre, les eaux intérieures et la partie territoriale de la mer, et
- en conformité avec les lois internationales de la mer : la mer, le fond et son sous-sol marins, sur lesquels cette partie contractante exerce les droits de sa souveraineté et sa juridiction<sup>145</sup> ».

De toute évidence, la définition du territoire n'a pas pour objectif de décrire la zone géographique des parties contractantes, mais d'indiquer que le « territoire » inclut les zones maritimes sur lesquelles le pays d'accueil exerce sa souveraineté ou ses droits souverains. La signification est que les investissements situés dans la zone de juridiction maritime du pays d'accueil, comme les exploitations de minerais ou les sites d'extraction off-shore, doivent être couverts par l'accord<sup>146</sup>.

## 2.3 Les revenus

Une autre notion rencontrée dans le texte des accords d'investissement concerne les revenus obtenus à la suite de l'investissement. Plusieurs accords s'attachent ainsi à présenter des définitions de la formule « bénéfices obtenus »<sup>147</sup>.

Habituellement les bénéfices sont mentionnés dans les clauses des accords concernant le transfert des fonds. Néanmoins, pour l'investisseur, si les bénéfices sont ou ne sont pas couverts par l'accord, détermine une différence considérable en ce qui concerne la garantie du transfert gratuitement de fonds et la protection contre l'expropriation.

---

<sup>145</sup> CNUCED – *International Investment Instruments : A Compendium*, « The Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty (1994) », United Nations publications, 1996, vol. II, p.548, voir aussi [www.encharter.org](http://www.encharter.org)

<sup>146</sup> OCDE (1996) – op.cit.p.15

<sup>147</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.44

## 2.4. *Le risque politique*

Le processus d'investissement, avec le projet, les contrats et les transactions qu'il implique, comporte un certain degré d'incertitude pour l'investisseur. Bien que dans l'approche traditionnelle du droit international des investissements ce processus soit traité du point de vue de l'autorité réglementaire, pour l'investisseur ce processus comporte beaucoup de risques.

Le concept de risque politique est apparu au cours des années 70, à la suite de la confrontation entre les entreprises multinationales et les revendications de souveraineté économique des Etats. Le risque politique vise principalement le risque d'expropriation de l'investissement étranger ou les situations dans lesquelles les éléments essentiels liées à la propriété de l'investisseur étranger sont gravement atteints par l'intervention gouvernementale<sup>148</sup>. Ces éléments concernent les rapatriements de bénéfices et de biens et le maintien des engagements contractuels de la part des gouvernements, dont toute violation s'apparente à une expropriation.

La définition du risque politique a été établie plus précisément lorsque l'affaiblissement du pouvoir régulateur des Etats sur l'économie est devenu une source d'inquiétude pour les investisseurs, après la fin de la période des nationalisations proprement dites. Toutefois, l'insécurité en dehors du contrôle étatique fait également partie du risque politique. Ainsi, des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements plus récents mentionnent-ils et définissent-ils les éléments du risque politique.

Cependant le concept de risque politique est évolutif et selon le professeur Wälde, actuellement « le risque politique non-conventionnel

---

<sup>148</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.35

émerge comme une nouvelle menace et est un facteur dont l'investisseur doit tenir compte<sup>149</sup> ».

Le risque de réglementation excessive et injuste, concernant en particulier l'environnement, le risque de harcèlement par les ONG motivées par des considérations environnementales ou la protection des droits de l'homme, le risque de sanctions politiquement motivées par le pays d'origine de l'investisseur, en particulier les Etats-Unis, constituent cette nouvelle dimension du risque. Un autre aspect est constitué par des risques qui ne sont pas aussi graves que la guerre civile et la révolte, mais qui, de la même façon interviennent en dehors du contrôle étatique, dont la corruption, l'insécurité dans les relations commerciales et l'absence sensible de culture du contrat, le manque d'intégrité de la fonction publique, ainsi que l'absence d'éléments culturels et institutionnels nécessaires au bon déroulement des relations économiques<sup>150</sup>.

Le concept de risque politique a ainsi pris beaucoup d'importance lors de l'évaluation d'un projet d'investissement, car il influence le niveau de revenu normalement attendu pour l'investissement en question.

Du point de vue juridique, le risque politique est fortement diminué si les pays adhèrent effectivement et pleinement aux règles du droit international et, en même temps, si les lois nationales relatives à l'investissement étranger obéissent à ces règles. Dans une telle situation, le risque politique est réduit aux contraintes politiques et sociales qui pourraient s'exercer sur l'évolution des normes juridique nationales<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> WÄLDE W.T.(2004) – op.cit.p.36

<sup>150</sup> SEIDMAN A ; SEIDMAN R. ; WALDE T. – « Good Governance and Legislative Reform: Making Development Work », CEPMLP Journal, vol.4-1, 1998

<sup>151</sup> WÄLDE W.T.(2004) – op.cit.p.37

Pour se protéger contre le risque politique, les investisseurs peuvent souscrire des assurances auprès d'agences gouvernementales, d'institutions internationales ou de compagnies privées. Ces organismes fixent leurs primes d'assurance en fonction de la perception du risque au sein d'un pays, selon les estimations et les opinions des médias professionnels, financiers et commerciaux<sup>152</sup>.

## *2.5 Le coût de transaction*

En liaison directe avec le risque politique, le coût de transaction est une autre composante du processus d'investissement. En tant qu'élément de la négociation concernant l'investissement, le coût de transaction peut augmenter la pression financière sur un projet d'investissement. Au surplus, les réglementations étatiques, l'ordre juridique international, les contraintes administratives, institutionnelles et culturelles, peuvent aussi contribuer à augmenter le coût transactionnel<sup>153</sup>.

Un risque politique élevé ou une réputation négative de l'Etat d'accueil forcent l'investisseur à mettre en œuvre des mécanismes de protection et des stratégies de gestion de l'investissement, à un prix important, qui augmente ainsi ses coûts de transaction. Pour les réduire, il suffirait de respecter les obligations résultant du droit international économique<sup>154</sup>.

Les coûts de transaction sont générés aussi par la réglementation applicable, qui pourrait constituer un facteur de dissuasion de l'investissement. Les traités récents<sup>155</sup> se sont développés afin de

---

<sup>152</sup> Pour donner en exemple, le site de la COFACE : [www.cofacerating.fr](http://www.cofacerating.fr), présente des statistiques sur le risque, pour différents pays

<sup>153</sup> WÄLDE W.T.(2004) – op.cit.p.39

<sup>154</sup> WALDE T. – « Contract and Enforceability in International Business: What Works? », CEPMLP Journal, 2000, vol.5-8

<sup>155</sup> Par exemple, l'ALENA, le Traité sur la Charte de l'énergie et l'AMI



combattre les législations nationales qui augmentent les coûts de transactions<sup>156</sup>. La possibilité, pour un pays, de maintenir des lois imposant des coûts de transaction plus élevés que les autres pays, devient de plus en plus difficile<sup>157</sup>.

Le droit international des investissements peut de la sorte devenir un instrument pour imposer une discipline mondiale afin de réduire les coûts de transaction générés par une réglementation excessive. Cependant, la réduction des coûts transactionnels joue aussi bien pour les transactions commerciales à court terme que pour attirer les investissements directs étrangers, à long terme. Cela permet de relever, comme le fait le professeur Wälde, que « nous devrions en réalité voir une convergence entre les disciplines jusqu'à présent assez strictement séparées du droit international des investissements et du droit international des échanges<sup>158</sup> ».

## **B. L'évolution mondiale des flux d'investissement direct à l'étranger**

Dans la perspective internationale des flux d'investissements directs étrangers, l'année 2005 a été très favorable, avec des conditions améliorées au niveau mondial pour les investissements. Leur augmentation a été chiffrée à 29%, pour atteindre 916 milliards de dollars, après avoir progressé de 27% en 2004<sup>159</sup>.

La croissance macroéconomique s'est poursuivie depuis 2004 dans la plupart des pays du monde, ce qui laisse entrevoir des

---

<sup>156</sup> WÄLDE W.T. (2004) – op.cit. p.40

<sup>157</sup> PETERSMANN E. – « International Competition Rules for Governments and for Private Business », *Chicago-Kent Law Review*, no.545, 1996

<sup>158</sup> WÄLDE W.T.(2004) – op.cit.p.41

<sup>159</sup> CNUCED – *World Investment Report 2006: L'IDE en provenance des pays en développement ou en transition: Incidences sur le développement*, Genève, UN Publications, 2003, p.5

perspectives prometteuses à l'évolution des investissements directs étrangers pour les années à venir.

Malgré la croissance enregistrée pendant les deux années, 2004 et 2005, le niveau de flux des investissements est resté nettement en dessous du niveau record de l'an 2000. Toutefois c'est un changement favorable, entamé en 2003, par la stagnation des flux (à 653 milliards \$) après deux années consécutives de déclin<sup>160</sup>.

Une des raisons expliquant le recul des flux d'investissement pendant la période 2001- 2003, souligne les mauvaises performances macroéconomiques des économies de l'OCDE, car lorsque celles-ci sont faibles, les pays sont moins attractifs pour les investisseurs et, en même temps, ils réduisent leurs investissements à l'étranger.

La modération de l'activité des investissements directs étrangers en 2003 est également imputable au fait que plusieurs secteurs qui avaient été le théâtre d'investissements transfrontaliers débridés en 2000 étaient désormais entrés dans une phase de consolidation<sup>161</sup>. Cette situation est due aux intégrations stratégiques des acquisitions à l'étranger effectuées dans les années précédentes, car dans certains secteurs, et notamment dans la nouvelle économie, leur prix a été excessif.

Par contre, en 2005, l'essor des investissements directs étrangers s'explique, selon la CNUCED, par la multiplication des fusions-acquisitions internationales et par le dynamisme économique de pays en développement et surtout des pays en transition, de la Communauté d'Etats indépendants et de l'Europe du sud-est.

---

<sup>160</sup> CNUCED – *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development – National and International Perspectives*, Geneva, UN Publications, 2003, p.5

<sup>161</sup> OCDE (2004) – *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger*, DAFE, 2004, p.2

Les entrées d'IDE dans les pays développés ont augmenté de 37% en 2005 et leur montant, de 542 milliards \$, représente 59% du total mondial. Sur ce total, 422 milliards \$ sont entrées dans les pays de l'Union européenne élargie <sup>162</sup>.

La situation se présente différemment pour les pays développés de l'OCDE (1) et pour les autres pays non membres (2). Cependant, pour la période à venir, les évolutions enregistrées pendant ces dernières années conduisent à des perspectives positives (3), dans le contexte du constat d'une mutation structurelle des flux d'investissement au niveau mondial (4).

## **1. Les pays de l'OCDE**

Entre 2003 et 2004, les investissements directs étrangers se sont repliés de 11 %, (338 milliards de dollars), dans les trente pays de l'OCDE<sup>163</sup>.

En 2003, les investissements directs étrangers à destination et en provenance des pays de l'OCDE avaient poursuivi leur effondrement.<sup>164</sup> Dans la plupart des ces pays les entrées d'investissements directs étrangers ont reculé de 28 % en 2003, d'un total de 535 milliards \$ en 2002, à 384 milliards \$ en 2003. Cette situation correspond aux prévisions de l'OCDE de 2002, et confirme un ralentissement d'activité pour l'année 2003. Quant aux sorties d'investissements, la situation en 2003 est restée globalement identique à celle de l'année d'avant, avec moins de 2% de plus.

---

<sup>162</sup> CNUCED – WIR2006, p.19

<sup>163</sup> BELOT L. ; BRAFMAN N.- « Les investisseurs internationaux plébiscitent l'Europe élargie », Le Monde, 30/06/2005, p.17

<sup>164</sup> OCDE (2004) – op.cit. p.2

Cependant, en 2005, l'investissement direct dans les pays de l'OCDE s'est redressé, pour atteindre un montant estimé à 622 milliards \$. Selon l'OCDE, avec une augmentation de 27% par rapport à 2004, les entrées d'investissement se situent à leur plus haut niveau, depuis 2001<sup>165</sup>.

Cette zone, grâce aux volumes importants des flux d'investissement, tant pour les sorties, que pour les entrées, continue « à jouer un rôle majeur en tant qu'investisseur extérieur en termes nets »<sup>166</sup>. Ainsi, en 2005, les flux d'investissements directs étrangers se classent, en termes d'entrées annuelles, en 4<sup>ème</sup> position. En ce qui concerne les sorties totale des investissements directs étrangers de la zone de l'OCDE, il a été enregistré un recul de 8% par rapport à 2004, du à la baisse des sorties des Etats-Unis. La France, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, la Suisse et l'Espagne ont été les principaux exportateurs d'investissements directs à l'étranger.

En analysant la situation par pays, il faut d'abord mentionner que les Etats-Unis ont perdu temporairement leur rôle de premier investisseur, en laissant cette place à la France. Toutefois, les Etats-Unis et le Royaume-Uni ont été les deux premières destinations des entrées d'investissements directs étrangers, en 2005.

Bien que les entrées nettes d'IDE aux Etats-Unis soient en baissé de 18% par rapport à 2004, leur niveau (110 milliards \$) est encore relativement important<sup>167</sup>. Ainsi, pour la première fois, les Etats-Unis sont devenus la deuxième destination des investissements au monde. Les sorties aussi ont diminué considérablement, avoisinant un montant proche de zéro en 2005. Selon l'OCDE, « il semble s'agir toutefois d'un phénomène temporaire, lié à des modifications de la législation

---

<sup>165</sup> OCDE (2006) – *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger*, DAFE, 2006, p.4

<sup>166</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.3

<sup>167</sup> OCDE (2006) – op.cit. p.4

fiscale »<sup>168</sup>, car une nouvelle loi<sup>169</sup>, votée en 2004, a réduit, pour une période d'un an, le taux d'imposition de certains dividendes reçus de l'étranger pour les entreprises américaines.

Sur le continent, le Canada, a enregistré un volume considérable d'investissements directs étrangers, en termes d'entrées, grâce à plusieurs opérations transfrontalières de rachats de sociétés de grande envergure, qui ont contribué au redémarrage des investissements réalisés au Canada par de grandes entreprises domiciliées aux Etats-Unis<sup>170</sup>.

Le Japon a enregistré une hausse spectaculaire des sorties d'investissements. Leur niveau (46 milliards \$) en 2005 est le plus élevé enregistré depuis 1990. En ce qui concerne les entrées d'investissements étrangers sur son territoire, elles ont été faibles par rapport aux résultats antérieurs, bien que ce pays ne soit pas d'habitude un important bénéficiaire d'investissements directs.

La même tendance a été enregistrée en Europe.

Le Royaume-Uni a été la première destination des investissements en 2005, avec 165 milliards \$. Ce montant, réalisé grâce à des opérations transfrontalières de rachats des entreprises du pays, est un record absolu pour le Royaume-Uni, car il correspond « à un triplement des flux d'investissements déjà massif à destination de ce pays en 2004<sup>171</sup> ». Les flux de sorties des investissements ont augmenté aussi en 2005, mais pour la première fois depuis 1990, le Royaume-Uni est devenu importateur net d'investissements directs.

En Allemagne, les entrées et les sorties d'investissements se sont redressées en 2005 par rapport aux années précédentes<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> OCDE (2006) – op.cit. p.5

<sup>169</sup> American Jobs Creation Act

<sup>170</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.6

<sup>171</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.5

<sup>172</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.5

La France, avec 116 milliards \$ d'investissements sortants, est devenu le premier investisseur mondial. Ce montant s'explique par des rachats des sociétés étrangères. En ce qui concerne les entrées d'investissements étrangers, leur montant a presque doublé en 2005 (64 milliards \$) grâce à « l'acquisition par des entreprises étrangères de biens immobiliers à usage commercial ou d'habitation<sup>173</sup> ».

Le Luxembourg a gardé en 2005 une place privilégiée, comme les années précédents, avec des montants considérables, tant pour les flux d'investissements entrant, que pour les sortant.

L'Europe centrale et orientale, n'a reçu qu'une partie assez limitée des entrées d'investissements, à l'exception de la Tchéquie. En 2005, les entrées d'investissements en République Tchèque se sont situées au plus haut niveau jamais enregistré par ce pays (11 milliards \$), à la suite du « processus de renforcement des capacités de production avec l'apport de capitaux étrangers<sup>174</sup> », entamé quelques années auparavant.

Ailleurs dans le monde, deux pays se distinguent par leurs performances économiques en matière d'investissements directs étrangers. Il s'agit du Mexique, avec des entrées d'investissements étrangers de 18 milliards \$, et des sorties d'environ 6 milliards \$, qui ont renforcé pendant l'année 2005 son rôle d'investisseur international. A l'opposé, l'Australie a enregistré des flux négatifs d'investissements, tant pour les entrées que pour les sorties, en raison de restructurations des entreprises.

## **2. Les autres pays du monde**

Dans l'ensemble, selon l'OCDE, les entrées d'investissements directs étrangers dans ces pays se sont bien maintenues pour l'année 2005. Parmi les pays non membres, ayant adhéré aux instruments de

---

<sup>173</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.6

<sup>174</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.5

l'OCDE relatifs aux investissements, le Brésil a été la destination principale des flux d'investissements directs. Ces flux ont été dirigés vers l'accroissement des capacités de production, notamment dans le secteur manufacturier. En général, tous les pays de l'Amérique latine et des Caraïbes ont reçu des montants importants d'investissements, grâce à « des taux de croissance économique dépassant la moyenne mondiale pour la première fois, depuis 25 ans<sup>175</sup> ».

Les entrées d'investissements ont augmenté sensiblement en 2005 par rapport à 2004, en Uruguay, en Colombie, au Venezuela, en Equateur et au Pérou, notamment dans le secteur primaire. En ce qui concerne les sorties d'IDE, sur l'ensemble des pays de l'Amérique latine et des Caraïbes, leur montant a augmenté de 19% par rapport à l'année précédente, à la suite des acquisitions des actifs dans les télécommunications et l'industrie lourde<sup>176</sup>.

Sur le continent, les entrées d'IDE en Argentine semblent avoir dépassé la dépression des années 2001-2003<sup>177</sup>. Bien que leur niveau ne soit pas aussi important que celui enregistré avant la crise financière, elles attestent la reprise économique du pays.

Au Chili, les entrées d'investissements directs étrangers ont stagnées au niveau de l'année précédente, à 7 milliards \$<sup>178</sup>. Dans ce pays, les investissements ciblent l'industrie minière, les infrastructures, et, récemment, les concessions de services d'utilité publique. Depuis quelques années, selon les observateurs, le Chili commence à accéder au statut d'exportateur important d'IDE, et « les entités à capitaux étrangers de l'économie chilienne fonctionnent de plus en plus comme des entreprises nationales, recherchant leurs partenaires économiques et leurs financements sur le plan local <sup>179</sup> ».

---

<sup>175</sup> CNUCED – WIR2006, p.17

<sup>176</sup> CNUCED – WIR2006, p.18

<sup>177</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.7

<sup>178</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.7

<sup>179</sup> OCDE – op.cit.p.8

Les flux d'investissements vers les pays de l'Europe du Sud-est et de la Communauté d'Etats indépendants se sont maintenus à un niveau relativement élevé (40 milliards \$), « à peine supérieur à celui de l'année précédente »<sup>180</sup>.

Les destinations privilégiées (chiffrées à plus de 75% du montant total) ont été la Russie, l'Ukraine et la Roumanie. En Russie, les entrées d'IDE ont été chiffrées à 14,5 milliards \$<sup>181</sup>. Ce montant élevé correspond à des investissements dans l'industrie manufacturière et le secteur de l'énergie. En Roumanie, les entrées d'IDE sont restées élevées (6,5 milliards \$) pour la deuxième année consécutive, grâce au processus de privatisation dans l'industrie automobile et dans le secteur des services.

Dans cette région du monde, en ce qui concerne les sorties d'investissements, l'année 2005 a été la quatrième année de progression, pour atteindre 15 milliards \$<sup>182</sup>.

Sur l'ensemble des pays non membres, les performances d'autres pays suscitent un regard particulier. Il s'agit de l'Israël, de la Chine et de l'Inde.

L'Israël a vue tripler le montant des entrées d'investissements étrangers, en 2005, par rapport à celui de 2004. Selon l'OCDE, « cela tient essentiellement à l'implication d'acteurs étrangers dans un certain nombre de privatisations de grande ampleur, notamment dans le secteur financier<sup>183</sup> ».

En ce qui concerne la Chine, la situation est bien différente du reste du monde, avec une tendance à la hausse depuis l'année 2000. Selon l'OCDE, avec des entrées totales atteignant 72 milliards \$, la Chine fait partie des principaux bénéficiaires mondiaux

---

<sup>180</sup> CNUCED – WIR2006, p.18

<sup>181</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.10

<sup>182</sup> CNUCED – WIR2006, p.19

<sup>183</sup> OCDE (2006) – op.cit.p 9



d'investissements directs. Toutefois, « le rôle de plus en plus actif joué par la Chine en tant qu'investisseur extérieur – dans les secteurs de la haute technologie et des ressources naturelles – ne transparaît pas encore pleinement dans les statistiques d'IDE comparables au niveau international »<sup>184</sup>. Certains pays manifestent leurs inquiétudes au sujet de « la concurrence livrée par la Chine pour l'obtention de ressources énergétiques rares<sup>185</sup> ».

Parmi les grands pays, l'Inde a beaucoup progressé ces dix dernières années, à la suite d'une nouvelle politique autorisant désormais les investissements étrangers dans un nombre croissant de secteurs. Actuellement, l'investissement direct en Inde est associé à la délocalisation internationale en sous-traitance, dans le secteur des technologies de l'information et de la communication. Depuis 1990, les entrées d'investissements directs étrangers ont augmenté progressivement jusqu'en 2005. L'OCDE estime que le montant enregistré de 6,5 milliards \$ en 2005, pourrait être en deçà de la réalité, grâce à des mesures récentes de libéralisations dans certains secteurs d'activité, comme les télécommunications<sup>186</sup>.

Sur l'ensemble du continent asiatique, les pays de l'est, sud-est et du sud ont attirés 18 % des flux mondiaux d'investissements. A part les performances chinoises et indiennes, d'autres pays ont vu augmenter les entrées d'investissements sur leurs territoires. Il s'agit de Singapour, de l'Indonésie, la Malaisie et la Thaïlande. « Plus de la moitié des entrées d'investissements directs étrangers dans cette région provient de pays en développement situés à l'intérieur même de la région »<sup>187</sup>, avec des investissements dirigés prioritairement vers le secteur manufacturier.

---

<sup>184</sup> OCDE (2006) – op.cit.p 10

<sup>185</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.10

<sup>186</sup> OCDE (2006) – op.cit.p.9

<sup>187</sup> CNUCED – WIR2006, p.14

Cette région est devenue ainsi une nouvelle source d'investissements, avec un montant total de flux d'investissements sortants chiffré à 68 milliards \$ en 2005<sup>188</sup>.

Les autres pays du continent asiatique, notamment les pays de l'Asie occidentale, ont enregistré, en 2005, le taux le plus élevé (85%) des entrées d'IDE dans le monde en développement. Cette performance est due principalement à l'accroissement du prix du pétrole et à la croissance économique entraînée ainsi dans cette zone<sup>189</sup>. Les deux destinations principales ont été les Emirats Arabes Unis et la Turquie. Les flux entrants concernent le secteur des services, notamment l'immobilier, le tourisme et les services financiers. De montants considérables ont été investis aussi dans le secteur manufacturier. Ainsi l'Arabie Saoudite a reçu à elle seule 2 milliards \$ d'investissements dans la pétrochimie et les raffineries<sup>190</sup>.

En 2005, l'Asie occidentale est devenue source d'investissements directs étrangers dans les services à destination de pays en développement comme la Chine et l'Inde, mais également vers des pays développés de l'Europe et de l'Afrique.

Sur le continent africain, les entrées d'investissements ont presque doublé en 2005, par rapport à 2004, en se situant à 31 milliards \$<sup>191</sup>. Toutefois, la part de l'Afrique dans le flux mondial des investissements directs étrangers reste encore faible, avoisinant le 3%. Sur ce continent, les destinations principales d'investissements étrangers ont été l'Afrique du Sud (21%), l'Egypte et le Nigeria.

L'Afrique attire difficilement l'investissement étranger. En outre, la disparition du système de quotas de l'Accord Multifibres en 2005, s'est soldée avec des désinvestissements dans l'industrie du prêt-à-

---

<sup>188</sup> CNUCED – WIR2006, p.15

<sup>189</sup> CNUCED – WIR2006, p.16

<sup>190</sup> CNUCED – WIR2006, p.16

<sup>191</sup> CNUCED – WIR2006, p.14

porter dans quelques pays du continent, ce qui n'améliore pas la position de ces pays dans la compétition pour attirer les investissements. Selon la CNUCED, « des faits nouveaux positifs ont été enregistrés en matière de régimes réglementaires et bon nombre de pays africains ont signé de nouveaux accords bilatéraux relatifs à l'investissement et à l'imposition <sup>192</sup> ». Toutefois, des efforts importants leur restent à faire pendant les années à venir.

La reprise économique dans une grande majorité des pays de par le monde, ainsi que l'essor récent des flux, portent à croire que les perspectives, au moins à court terme, seront relativement favorables pour les investissements directs étrangers.

### **3. Des prévisions favorables**

L'essor des investissements directs étrangers en 2005 est dû aux opérations de fusions-acquisitions transfrontières. Les deux principaux pays visés par des opérations de fusions et acquisitions ont été les Etats-Unis et le Royaume-Uni, avec 21 rachats transfrontalières de grandes entreprises, ou de participations financières<sup>193</sup>.

En général, les fusions-acquisitions représentent la forme de l'investissement direct étranger la plus réactive aux évolutions des conditions financières et des résultats économiques. La croissance macroéconomique enregistrée dans plusieurs régions dans le monde, ainsi que la poursuite de la libéralisation en matière d'investissements étrangers, expliquent l'expansion de ces opérations.

La valeur des transactions de fusions-acquisitions réalisée au niveau international n'a pas cessé d'augmenter, depuis le creux de l'année 2003. En même temps, selon les prévisions mondiales, la croissance économique se poursuivra. Pour ces raisons, les estimations

---

<sup>192</sup> CNUCED – WIR2006, p.14

<sup>193</sup> OCDE (2006) – op.cit.p 11

indiquent pour les années suivantes un montant élevé des transactions. Ainsi, selon les analystes de la CNUCED, « les entrées mondiales d'investissements directs étrangers devraient en principe continuer d'augmenter, tirées par la poursuite de la croissance économique, sur l'augmentation des bénéfices des sociétés, et sur l'application d'une politique de libéralisation<sup>194</sup> ».

Selon une étude du cabinet Ernst & Young, l'Europe restera une des régions les plus attractives du monde. D'autres opinions<sup>195</sup> estiment aussi que les pays d'Europe centrale et orientale continueront à attirer les investisseurs, non seulement pour leur avantage de coût et le « potentiel de gain de productivité », mais aussi pour la « qualification » de leur main-d'œuvre. De leur point de vue, « L'Europe continue à résister car elle présente aux investisseurs deux visages : l'Est attire par les réductions de coûts qu'il offre, l'Ouest, plus cher, rassure par ses infrastructures ».

En outre, l'étude de la CNUCED mentionne que, malgré l'ascension de la Chine, les Etats-Unis resteront la source mondiale la plus importante d'investissements, autant pour les pays en développement que pour les pays développés<sup>196</sup>.

Néanmoins, l'accroissement des flux d'investissements directs étrangers reste tributaire de l'influence de la conjoncture économique internationale, ce qui atténue l'optimisme des prévisions. Il faut mentionner le prix du pétrole, les taux d'intérêt et les pressions inflationnistes. En même temps, d'autres éléments s'ajoutent aux incertitudes, selon les analystes de la CNUCED. Il s'agit de « divers déséquilibres du système économique mondial, et/ou des tensions géopolitiques existantes dans certaines régions du monde<sup>197</sup> », qui

---

<sup>194</sup> CNUCED – WIR2006, p.21

<sup>195</sup> BELOT L. ; BRAFMAN N.- op.cit.p.17

<sup>196</sup> CNUCED – op.cit.p.6

<sup>197</sup> CNUCED –WIR2006, p.21

pourraient entraver l'expansion de l'investissement direct étranger pendant les années à venir.

#### **4. La mutation structurelle des flux d'investissements**

Il a été constaté ces dernières années un changement très important dans la structure des courants d'investissements. Il s'agit de la forte hausse des investissements dans le secteur des services. Selon l'OCDE, la part de ce secteur a continué d'augmenter et cette nouvelle situation pourrait signifier « un basculement se soldant par une domination durable des services<sup>198</sup> », dans les activités de l'investissement direct étranger.

Toutefois, les activités de services évoluent en même temps que la nature d'investissements directs étrangers. Dans de nombreux pays, les privatisations ont transformé des activités auparavant assurées par le secteur public en services commerciaux, et un nombre croissant d'entreprises industrielles cessent d'assurer des services en interne pour les confier à des prestataires extérieurs<sup>199</sup>. Cette évolution a été favorisée par l'avènement des technologies multimédia, qui ont permis à de très nombreuses entreprises de sous-traiter à des prestataires lointains leurs centres d'appels, leurs développements logistiques ou leurs services financiers.

La mutation ainsi constatée vers le secteur des services, correspond aux changements des motivations et des stratégies des entreprises, qui ciblent des nouveaux marchés afin de s'y installer et de produire localement. Bien que dans le passé l'investissement direct visait le commerce et l'intermédiation financière, depuis quelques années, notamment depuis 2003, la destination privilégiée pour les

---

<sup>198</sup> OCDE – op.cit.p.10

<sup>199</sup> OCDE – op.cit.p.11

investissements directs étrangers était devenue le secteur des services aux entreprises, avec une hausse des secteurs des transports et des communications, stimulée par les privatisations, la téléphonie mobile et l'avènement des technologies multimédia<sup>200</sup>.

Un autre changement dans la structure des flux d'investissements a été constaté en 2006, avec une baisse accentuée de la part du secteur manufacturier, compensée par l'accroissement des investissements dans le secteur primaire, notamment dans les ressources naturelles et l'industrie pétrolière.

Dans ce contexte de changement structurel des flux d'investissements directs, il ne faut pas perdre de vue que le profil des investisseurs change aussi. De plus en plus, parmi les entreprises multinationales on retrouve des entreprises de pays en développement. Selon la CNUCED, en 2005, sur les 100 premières sociétés transnationales au monde, 5 étaient originaires d'Asie, dont trois d'entre elles étaient des entreprises publiques. En outre, sur les 100 premières sociétés transnationales de pays en développement, 77 avaient leur siège en Asie, les autres se répartissant entre l'Afrique et l'Amérique latine<sup>201</sup>.

L'expansion à l'étranger des entreprises de pays en développement a été favorisée par les politiques de libéralisation d'investissements et, surtout par l'ouverture de ces pays à la concurrence internationale. En même temps, l'ampleur des investissements à l'étranger renforce les effets bénéfiques sur leurs économies nationales, par un effet d'entraînement important pour les secteurs nationaux.

Dans la plupart des cas les multinationales des pays en développement disposent des capitaux publics et investissent dans

---

<sup>200</sup> OCDE – op.cit.p.13

<sup>201</sup> CNUCED(2006) – op.cit.p.9

d'autres pays moins avancés, en transition ou en développement. Ces investissements, essentiellement au niveau régional, ont stimulé les flux Sud-Sud, qui sont passés de 2 milliards \$ en 1985 à 60 milliards en 2005, selon les estimations de la CNUCED<sup>202</sup>.

Les dimensions de ces entreprises étant relativement modestes, un nombre croissant des entreprises régionales nouvelles, et relativement petites, est maintenant en concurrence avec des multinationales de grandes tailles. Toutefois, les motivations et les avantages recherchés par les nouvelles multinationales des pays en développement diffèrent de ceux des pays développés. En outre, les similarités et la connaissance des pays voisins, facilitent les investissements entre les pays en développement.

Les investissements directs à l'étranger des pays en développement offrent des perspectives bénéfiques de coopération économique entre pays en développement, et de ce fait « les multinationales des pays en développement et des pays en transition sont une réalité appelée à durer <sup>203</sup> ». Dans ce contexte, les gouvernements ont intensifié leurs initiatives politiques en matière d'investissements, tant dans les pays d'origine que dans les pays d'accueil d'investissements étrangers. En reconnaissant les retombées des investissements sur l'économie nationale, les pays d'origine sont de plus en plus nombreux à démanteler les obstacles à la sortie d'IDE et à encourager leurs entreprises à investir à l'étranger, par le biais des mesures incitatives financières ou fiscales. Dans les pays d'accueil, puisque la compétition pour attirer les investissements étrangers est devenue plus intense, les pouvoirs publics utilisent, dans un contexte de libéralisation accentuée, des instruments d'attraction et de promotion des investissements, en facilitant « la création de liens entre les filiales étrangères et les entreprises locales<sup>204</sup> ».

---

<sup>202</sup> CNUCED(2006) – op.cit.p.25

<sup>203</sup> CNUCED(2006) – op.cit.p.33

<sup>204</sup> CNUCED(2006) – op.cit.p.42

Avec l'extension à l'étranger des activités des multinationales des pays en développement la question de la responsabilité sociale du secteur privé est devenue plus importante. Cependant, plusieurs pays en développement ont intégré déjà dans leurs stratégies opérationnelles des politiques appropriées en matière de responsabilité sociale.

Bien que la tendance générale observée ces dernières années se poursuive vers l'ouverture des marchés aux investisseurs étrangers, il faut mentionner l'apparition, en 2006, sur le plan réglementaire, des tendances protectionnistes dans certains secteurs d'activité. Il s'agit des changements de réglementation, en vue de protéger l'économie nationale contre la concurrence étrangère ou d'accroître l'influence de l'Etat dans certains secteurs économiques d'importance stratégique, tels que l'infrastructure et l'industrie du pétrole et du gaz naturel.

Ces approches nouvelles en matière d'investissements étrangers vont modifier le contenu des futurs accords et vont contribuer ainsi à créer un cadre international plus propice aux investissements étrangers.

## ***SECTION II-Les protagonistes du processus d'investissement: les entreprises multinationales et les Etats***

En tant que phénomène de type multidimensionnel, la mondialisation associe des formes d'internationalisation relativement indépendantes: flux international des capitaux et d'actifs productifs, mouvements de marchandises, transferts technologiques et migrations de populations. Bien qu'autrefois ces aspects aient été décrits et analysés de manière relativement autonome, depuis une période relativement récente on s'est rendu compte qu'ils possèdent un « dénominateur commun » : l'entreprise multinationale.



L'émergence des entreprises multinationales, à partir des années 70, a constitué une des modalités de structuration du système de l'économie mondiale<sup>205</sup>. Cependant, l'environnement économique mondial représente un milieu complexe et turbulent, marqué par « la multiplication des relations volontaires et organisées entre les agents de l'économie<sup>206</sup> », où des firmes de toutes origines nationales se trouvent en concurrence sur la plupart des marchés mondiaux. Les spécificités locales s'ajoutent et conduisent à la multiplication des modalités possibles de concurrence. Pour diminuer les coûts, mais surtout les risques du développement dans un milieu incertain, les entreprises se réorganisent et augmentent leur taille.

Le rapprochement des économies nationales grâce à l'ouverture des frontières et la libéralisation des échanges a facilité les mouvements de capitaux et l'intégration économique.

L'évolution soutenue des techniques et des technologies de l'information et de la communication entraîne la multiplication des réseaux des entreprises, avec des changements profonds dans leur organisation et leur activité<sup>207</sup>. Dans le contexte de l'accélération des rythmes de mutation technologique et des besoins de financements à risque, l'horizon des entreprises s'est élargi au plan international.

Les stratégies d'implantation à l'étranger des entreprises multinationales sont dictées pour l'essentiel par des intérêts économiques. Pour maximiser leur profit et bénéficier pleinement des avantages des économies d'échelle, les entreprises développent leurs activités au-delà de leur pays d'origine. Avec l'accroissement de la production et la standardisation de la fabrication, les grandes capacités de production amènent à l'homogénéisation des habitudes de

---

<sup>205</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – *Les firmes multinationales*, Coll. Thémathèque, Ed. Vuibert, Paris, 1995, p.132

<sup>206</sup> BAUCHET P. – *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'Etat*, Ed. CNRS, Paris, 2003, p.3

<sup>207</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.4

consommation des populations de divers pays et contribuent ainsi à la création de nouveaux marchés mondiaux à croissance rapide<sup>208</sup>.

Dans le contexte des évolutions et des changements technologiques, une dimension plus importante permet à une entreprise une meilleure maîtrise des coûts et des risques de développement. En même temps, le progrès technique et la libéralisation intensifient la concurrence et menacent la survie des entreprises les plus faibles et les moins performantes, qui sont rachetées par la suite par des entreprises plus grandes. Ainsi, les stratégies de multinationalisation traduisent des comportements d'adaptation des entreprises aux transformations de leur environnement, dans la recherche du profit.

C'est dans ce contexte mouvementé de l'évolution du système économique mondial qu'a eu lieu une transformation progressive des relations entre les entreprises multinationales et les Etats.

En ce qui concerne les investissements à l'étranger, longtemps les Etats furent les principaux, sinon les seuls acteurs du droit international des investissements<sup>209</sup>. Toutefois, sous l'effet de la mondialisation, la concentration des multinationales remet sans cesse en question ce rôle. De plus en plus, les entreprises multinationales sont perçues comme les principaux décideurs dans l'établissement des règles relatives à l'investissement, à travers leur influence grandissante sur les accords d'investissement. Cette influence tient au fait que :

- D'abord la firme multinationale détient un rôle majeur dans le commerce international en tant qu'exportateur (ou importateur) des biens ou services entre la maison mère et ses filiales. Les

---

<sup>208</sup> MUCCHIELLI J-L – *Multinationales et mondialisation*, Ed. du Seuil, Paris, 1998, p.11

<sup>209</sup> WÄLDE W.T. – *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Coll. Cours et travaux, no.2, IHEI Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004, p.20

multinationales organisent et coordonnent les flux des produits et des services intermédiaires au delà des frontières nationales ;

- En même temps, l'entreprise multinationale est une des sources principales d'innovation dans l'économie mondiale. Le désir d'obtenir le maximum de bénéfices de l'investissement dans l'activité de recherche-développement est une raison majeure pour l'internationalisation du savoir-faire de l'entreprise et peut-être, une raison d'existence des compagnies multinationales<sup>210</sup>.
- Un troisième argument est lié en partie au précédent. Il prend en compte le transfert de technologies, qui suscite aussi de vives controverses entre les pays d'accueil (pas nécessairement des pays en développement) et les entreprises multinationales pour lesquelles internationalisation signifie profitabilité. Dans les pays en développement, l'accroissement du nombre des *joint-ventures* depuis les années 60 et 70 a trouvé ses racines dans leurs intentions de capturer quelques bénéfices du transfert potentiel des technologies des entreprises multinationales<sup>211</sup>.
- En quatrième lieu, l'entreprise multinationale joue un rôle majeur dans les flux financiers internationaux entre les investissements initiaux et les suivants, entre le rapatriement des profits, les dividendes, les taxes pour le fonctionnement de l'entreprise, etc., et les mesures à prendre pour s'intégrer dans l'échange international. Ces dernières pourraient néanmoins gêner considérablement l'accès aux marchés pour les investissements directs à l'étranger<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> BREWER T. ; YOUNG S. – *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, 1998, p.13

<sup>211</sup> MICHALET CA. – « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans LEBEN CH. (et autres), Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.433-451

<sup>212</sup> BREWER T. ; YOUNG S. – op.cit.p.14

- Un autre argument tient compte du fait que la plupart des multinationales sont de très grandes entreprises qui fonctionnent sur des marchés concurrentiels imparfaits. De ce fait, des aspects importants qui concernent le domaine de la politique concurrentielle internationale devraient être intégrés dans les accords d'investissement et de commerce ;
- L'essor des activités liées au secteur tertiaire fait que, même pour les multinationales ayant des activités de production, les services pour leurs activités intermédiaires et finales sont en pleine expansion. En ce sens, par exemple, il a été estimé que 80% des investissements réalisés par les firmes dans les technologies de l'information sont affectés aux services et aux logiciels, plutôt qu'aux équipements<sup>213</sup>. Cela n'est pas tout à fait valable pour l'expansion des multinationales de services, mais montre que les éléments d'accès aux marchés (pour les télécoms, les services financiers, etc.) sont vitaux pour l'accroissement des opérations de services des multinationales.

Le rythme relativement lent enregistré par la croissance des multinationales dans le domaine des services, a été lié au fil du temps à la réglementation gouvernementale et à la propriété d'Etat: Désormais les questions concernant les privatisations et la déréglementation de l'activité ont été intégrées dans les accords multilatéraux d'investissements.

Afin de mieux comprendre l'impact des activités des entreprises multinationales et leur influence sur l'évolution du droit international des investissements à l'étrangers, il faut d'abord analyser la situation des entreprises multinationales (A), et ensuite le positionnement des Etats à l'égard des investissements directs étrangers (B).

---

<sup>213</sup> PETERS E. – *Restructuring of Scotland's Information Technology Industries: Strategic Issues and Responses*, Routledge, London, 1995, p.263-281

## **A. Les entreprises multinationales**

Phénomène macroéconomique, l'investissement international est indissociable des entreprises multinationales. Les développements très importants voire historiques enregistrés dans l'évolution du régime international des investissements, plus particulièrement celui des investissements directs étrangers, ont entraîné, à leur tour, une expansion sans précédent du nombre des entreprises multinationales.

L'apparition de l'entreprise multinationale moderne remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Depuis plusieurs décennies maintenant l'entreprise multinationale a été l'entité qui a eu la plus forte influence économique, politique et sociale sur l'économie mondiale<sup>214</sup>. Dans les relations économiques internationales, les activités des entreprises multinationales ont suscité beaucoup d'intérêt et ont fait l'objet de nombreuses études : « Les entreprises multinationales – ou sociétés transnationales – sont les principaux opérateurs du système des relations internationales économiques<sup>215</sup> ». En économie internationale, comme en sciences de gestion, elles ont donné naissance à des notions et à des théories nouvelles.

Le droit a suivi cette évolution avec un certain décalage. Le droit international public ne s'est intéressé que récemment au phénomène dans sa dimension globale et son évolution a été due en grande partie aux débats politiques et diplomatiques des années 70. Il ne faut pas oublier qu'il existait à l'époque une littérature abondante qui considérait « la multinationalité comme la cause de tous les problèmes de la société internationale<sup>216</sup> » et cette optique s'est reflétée longtemps dans l'ensemble de la réglementation.

---

<sup>214</sup> BREWER T. ; YOUNG S. – *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, 1998

<sup>215</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – *Droit international économique*, 4<sup>e</sup> Edition, LGDJ, Paris, 1998, p.32

<sup>216</sup> MERCIAI P. – *Les entreprises multinationales en droit international*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1993, p.7

Actuellement, on admet très largement que les entreprises multinationales peuvent jouer un grand rôle dans l'action en faveur du développement durable, notamment à travers la croissance économique, une meilleure gestion de l'environnement et un plus grand bien-être social. Avec la mondialisation, grâce aux flux d'échanges et d'investissements, elles facilitent les connections entre les économies des pays d'accueil et des pays d'origine.

Au fil du temps, leur importance a augmenté tant du point de vue économique et social que politique. Leur rôle principal dans l'établissement des règles relatives à l'investissement s'est affirmé progressivement, dans le contexte de l'évolution des relations économiques internationales et la mondialisation. Afin de mieux le souligner, l'analyse se focalisera, dans un premier temps, sur le concept d'entreprise multinationale en droit international (1). Ensuite on observera les principales stratégies élaborées par les multinationales et leur impact sur les accords d'investissement (2).

## **1. Le concept d'entreprise multinationale en droit international**

Les entreprises multinationales et leurs activités se caractérisent par une extrême diversité, ce qui rend difficile de parvenir à une définition de cette notion : « La définition de l'entreprise multinationale, également appelée firme multinationale – ou même transnationale si on accepte la terminologie du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales (CNUCED), qui a œuvré pendant une vingtaine d'années pour en suivre l'évolution - n'a jamais fait l'objet d'un accord entre les chercheurs, ni même entre les organisations internationales<sup>217</sup> ».

Malgré l'accroissement rapide des investissements directs étrangers pendant les premières années qui ont suivi la Seconde Guerre

---

<sup>217</sup> CHESNAIS F. – *La mondialisation du capital*, 1998, p.92-93

mondiale, jusqu'aux années 60, il n'existait aucune théorie sur la production internationale ou sur les entreprises multinationales<sup>218</sup>.

Les premières tentatives pour identifier le phénomène multinational se situent dans les années 50 du XX<sup>e</sup> siècle, lorsqu'il est défini comme « une grande unité interterritoriale » par « un ensemble organisé des moyens situés sur plusieurs territoires nationaux et contrôlés par un centre de décision unique capable d'autonomie à l'égard du marché<sup>219</sup> ».

A partir des années 60, avec l'expansion des multinationales américaines en Europe, les économistes commencent à s'intéresser à l'investissement direct et tentent d'en expliquer l'origine. C'est depuis l'étude de Hymer menée en 1960 - mais publiée seulement en 1976 - qu'on assiste à un afflux de littérature économique internationale et de différentes explications concernant l'apparition et le développement d'une entreprise multinationale, en essayant de justifier les raisons pour lesquelles la production internationale serait choisie au détriment de l'exportation<sup>220</sup>. Il est important d'insister une fois de plus sur le rôle crucial joué par Stephen Hymer<sup>221</sup> qui a développé le premier les fondements d'une théorie de la multinationalisation fondée sur les imperfections du marché, dans l'organisation industrielle. Le postulat en est simple : « toute firme s'implantant dans un pays étranger est désavantagée par rapport aux firmes locales. L'entreprise doit surmonter les coûts supplémentaires pour la production étrangère<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> MUCHIELLI J.-L.- *Les firmes internationales, mutations et nouvelles perspectives*, Ed. Economica, Paris, 1985, p.21-22

<sup>219</sup> BYE M. - « L'autofinancement de la G.U.I. et les dimensions temporelles de son plan », *Revue d'Economie Politique*, no.67, mai-juin 1957 ; dans TERSEN D ; BRICOUT JL - *L'Investissement international*, Ed. Armand Colin, Paris, 1996, p.59-73

<sup>220</sup> HOOD N., YOUNG S.- *The Economics of Multinational Enterprise*, Longman Ed. London, 1979; DUNNING J. - *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Addison-Wesley Ed; New York, 1993

<sup>221</sup> HYMER S. - *The International Operations of National Firms*, The MIT Press, Cambridge, 1976

<sup>222</sup> HYMER S. - op.cit.

Ces coûts sont générés par nombreux facteurs: barrières linguistiques et culturelles, pratiques juridiques et goûts des consommateurs différents, possibilité de

Pour que l'investissement soit possible et rentable, la firme doit posséder un avantage spécifique sur ses concurrents locaux et cet avantage doit être transférable internationalement. Or « l'avantage spécifique trouve sa source dans les imperfections du marché, qui constituent des barrières à l'entrée pour des nouveaux venus<sup>223</sup> ».

Prolongeant l'analyse de Hymer, Kindleberger<sup>224</sup> recense quatre formes d'imperfections :

- Sur les marchés des produits : techniques particulières de marketing, image de marque, différenciation des produits, etc ;
- Sur les marchés de facteurs : accès privilégié aux marchés de capitaux, détention exclusive d'une technologie, méthodes de gestion du personnel, etc ;
- La possibilité d'exploiter des économies d'échelle internes ou externes ;
- Les politiques interventionnistes des gouvernements.

En conséquence, l'existence d'au moins une parmi ces formes d'imperfection permet à une firme d'avoir un avantage sur une autre. Ayant comme point du départ les imperfections du marché, différents auteurs présentent l'environnement concurrentiel comme une source d'avantages comparatifs pour l'entreprise multinationale.

La recherche des différents avantages spécifiques comme variables explicatives de la multinationalisation a fait l'objet de nombreuses études. Pour Lall<sup>225</sup> les facteurs technologiques et de différenciation des produits expliquent l'expansion des multinationales

---

discrimination à l'égard des firmes étrangères, coûts d'opération de la filiale à distance, etc.

<sup>223</sup> TERSEN D ; BRICOUT JL – op.cit.p.60

<sup>224</sup> KINDLEBERGER C.P. – *American Business Abroad : Six Lectures on Direct Investment*, Yale University Press, 1969

<sup>225</sup> LALL S. – « Monopolistic Advantages and Foreign Involvement by US Manufacturing Industry », *Oxford Economic Papers*, 1980, no.32, p.102-122



américaines à l'étranger, tandis que Horst<sup>226</sup> fait apparaître une corrélation directe entre la taille de l'entreprise et sa propension à investir à l'étranger.

Un cadre d'analyse plus élaboré de l'investissement international a été développé par le modèle du cycle de vie du produit, qui reprenait implicitement la notion d'avantage technologique de la firme. Ce modèle développé par Vernon<sup>227</sup> « est une première explication dynamique de la relation entre commerce et investissement à l'étranger, combinant à la fois des éléments d'économie industrielle et d'économie internationale<sup>228</sup> ».

Plus tard, au milieu des années 70, Knickerbocker<sup>229</sup> montre que le processus de multinationalisation est déterminé par la structure du marché du pays d'origine et par le comportement oligopolistique de la firme dominante. Ses travaux ont été prolongés pour expliquer les investissements européens aux Etats-Unis, dans une variante du modèle de réaction oligopolistique consistant en la « multinationalisation par échange de menaces<sup>230</sup> ».

Il s'agit d'un phénomène de réaction constituant « une réponse directe de l'entreprise européenne à l'investissement initial de la firme américaine en Europe, qui serait menacée à son tour sur son propre marché, le degré de réaction étant en fonction de la concentration industrielle. A terme, ce comportement de représailles doit permettre une stabilisation de l'oligopole multinational<sup>231</sup> ».

---

<sup>226</sup> HORST T. – « The Industrial Composition of US Export and Subsidiary Sales to the Canadian Market », *American Economic Review*, 1972, no.62, p.37-45

<sup>227</sup> VERNON R. – « International Investment and International Trade in the Product Cycle », *Quarterly Journal of Economics*, 1966, no.80, p.190-207

<sup>228</sup> TERSEN D ; BRICOUT JL – op.cit.p.62

<sup>229</sup> KNICKERBOCKER F.T. – *Oligopolistic Reaction and the Multinational Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 1973

<sup>230</sup> GRAHAM E.M. – « Transatlantic Investment by Multinational Firms: a Rivalistic phenomenon », *Journal of Post Keynesian Economics*, no.1, 1978

<sup>231</sup> TERSEN D; BRICOURT JL – op.cit.p.63

D'autres auteurs ont amélioré le modèle économique de base sur l'activité à l'international d'une entreprise, en introduisant des hypothèses plus réalistes, notamment en ce qui concerne les mouvements des capitaux et de barrières à l'échange<sup>232</sup>.

Dans les années 80, suivant les développements des nouvelles théories du commerce international<sup>233</sup>, il est considéré que le déterminant de l'investissement direct passe par la mise en évidence du rôle de l'internationalisation des activités et des problèmes d'information entre agents. Ethier<sup>234</sup> montre ainsi que « la présence de multinationales est liée au degré d'incertitude auquel sont confrontés les agents, et que la similitude des dotations factorielles favorise l'investissement mutuel entre deux pays ». Le concept de l'internalisation avait été conçu quelques années plus tôt, lorsque son auteur<sup>235</sup> avait souligné l'importance des coûts de transaction, c'est-à-dire des coûts « liés à la recherche de l'information dans un environnement imparfait.

Sur l'importance pour le processus d'investissement du coût de transaction, quelques arguments significatifs ont été mentionnés au chapitre précédent. Cependant, du point de vue de l'entreprise multinationale, « en ayant recours au marché, une firme doit prendre en charge des coûts de négociation de contrats, de conclusion et de surveillance de leur application. Si les coûts de transaction sont supérieurs au coût de création d'un marché interne, la firme internalisera les transactions au sein de son organisation<sup>236</sup> ».

---

<sup>232</sup> PURVIS D.D. – « Technology, Trade and Factor Mobility », *The Economic Journal*, no.82, 1972, p.327

<sup>233</sup> KRUGMAN P. – « The New Theories of International Trade and the Multinational Enterprise », in KINDLEBERGER C.P. – *The Multinational Corporation in the 1980s*, MIT Press, Cambridge, 1983

<sup>234</sup> ETHIER W.J. – « The Multinational Firm », *Quarterly Journal of Economics*, nov.1986

<sup>235</sup> COASE R.H. – « The Nature of the Firm », *Economica*, no.4, nov.1937, p.386-405

<sup>236</sup> TERSEN D.; BRICOUT J.L. – op.cit.p.66

Ce concept, repris dans les années 70, a conduit à l'élaboration d'une théorie de la firme fondée sur trois postulats :

- « L'objectif de la firme est de maximiser son profit dans un univers de concurrence imparfaite ;
- La firme crée son propre marché interne afin de contourner les imperfections existant sur les marchés de biens intermédiaires ;
- L'internalisation des marchés à travers les frontières nationales génère les multinationales<sup>237</sup> ».

Il est intéressant de remarquer que l'aspect le plus important de cette théorie est d'identifier les situations dans lesquelles les marchés de produits intermédiaires peuvent être internalisés, y compris les interventions gouvernementales, les inégalités entre les acheteurs et les vendeurs, l'incapacité du marché à assurer un contrôle suffisant sur la qualité des produits finis, etc.

La plupart des publications spécialisées parues par la suite, concernant les explications données sur la production internationale, ont suivi dans le même sens cette théorie du coût d'internalisation des transactions<sup>238</sup>. Pour Rugman, « l'internalisation est une théorie générale de l'investissement direct<sup>239</sup> ».

Les analyses antérieures de la multinationalisation, notamment celles développées à partir des imperfections de marché, du cycle de vie du produit et des comportements oligopolistiques défensifs, peuvent être insérés dans le paradigme général de l'internalisation : « la firme peut être considérée comme une alternative au marché pour réduire les

---

<sup>237</sup> BUCKLEY P.J., CASSON M. – *The Future of the Multinational Enterprise*, McMillan Ed, London, 1991

<sup>238</sup> TEECE D.J. – « Transaction Cost Economics and the Multinational Enterprise », in *Journal of Economic Behaviour and Organisation*, 1986, p.21-45

<sup>239</sup> RUGMAN A.M. – *Inside the Multinationals: the Economics of Internal Market*, Croom Helm Publisher, London, 1981

coûts de transaction. Sa multinationalisation est le moyen de conserver l'avantage spécifique acquis dans le pays d'origine, et les filiales sont intégrées à la société mère pour former un marché interne à l'échelle mondiale<sup>240</sup> ».

A la même époque, Dunning cherche à intégrer cette analyse aux autres théories de l'investissement international. Selon son opinion, « une firme investira à l'étranger si trois conditions sont satisfaites :

- La firme doit détenir un avantage spécifique, qu'elle va exploiter sur le marché étranger ;
- Cet avantage doit lui permettre à développer ses activités ;
- La firme optimisera cet avantage en arbitrant entre les différents choix de localisation possibles<sup>241</sup> ».

Ces trois arguments font explicitement référence respectivement à la théorie de l'économie industrielle, à la théorie de l'internalisation et à la théorie de l'échange international : « l'approche se veut éclectique car elle recouvre toutes les formes d'exploitation des marchés étrangers selon la nature des avantages en présence<sup>242</sup> ».

Vers la fin des années 80 on a assisté à l'élaboration de théories plus généralistes sur les activités des multinationales, activités qui ne seront plus des réponses indépendantes à la concurrence, mais « un moyen pour réaliser des réseaux étendus en vue d'accroître l'efficacité de toutes leurs filiales<sup>243</sup> ». Plus particulièrement, ces théories montrent qu'en s'internationalisant, les entreprises augmentent leur pouvoir sur le marché.

---

<sup>240</sup> TERSEN D.;BRICOUT JL. - op.cit.p.66

<sup>241</sup> DUNNING J.H. - *International Production and the Multinational Enterprise*, George Allen &Unwin Publishing, London, 1981

<sup>242</sup> TERSEN D.;BRICOUT JL. - op.cit.p.68

<sup>243</sup> CANTWELL J.A. - « A Survey of Theories of International Production », in PITELIS C.N., SUGDEN R. - *The Nature of Transnational Firm*, Routledge, London, 1991, p.16-63

Cette idée s'est retrouvée aussi dans des ouvrages publiés récemment, qui soulignent de nouveau que « l'activité des entreprises multinationales est un moyen d'augmenter non seulement le pouvoir sur le marché, mais aussi le profit<sup>244</sup> ». Comme nous l'avons constaté, les auteurs cherchant à expliquer l'existence et la croissance des entreprises multinationales se sont orientés plutôt vers la dimension de la firme que vers un facteur macroéconomique, comme cela a été le cas pour la théorie du commerce international<sup>245</sup>.

Une explication complète de l'activité de l'entreprise multinationale devrait néanmoins tenir compte à la fois de la localisation ou des facteurs géographiques (qui sont en l'occurrence le domaine de la théorie classique et neo-classique du commerce) et de facteurs prenant en compte l'appartenance ainsi que les éléments organisationnels. De ce fait les explications les plus raisonnables, de date plus récente, pour expliquer l'émergence des firmes multinationales lient la théorie de la firme avec la théorie de la localisation de l'entreprise<sup>246</sup>.

Les incitations pour se délocaliser sont variables et très diverses, des barrières tarifaires ou non tarifaires qui entravent le commerce aux politiques gouvernementales favorables à l'implantation sur leur territoire<sup>247</sup>.

En général la modalité choisie pour pénétrer un marché étranger dépend du secteur d'activité de l'entreprise et souvent elle est assez limitée. Dans les secteurs de haute technologie, les sociétés peuvent

---

<sup>244</sup> NEWFARMER R.S.- *Profits, Progress and Poverty: Case Studies of International Industries in Latin America*, University of Notre Dame de Press, 1985; COWLING K., SUDGEN R.- *Transnational Monopoly Capitalism*, Brighton, 1987; PITELIS C.N., SUGDEN R. - *The Nature of Transnational Firm*, 1991

<sup>245</sup> KOJIMA K. - « Japanese Direct Investment Abroad », Monograph Series, no1, Tokyo, 1990

<sup>246</sup> WHEELER D.; MODY A. - « International investment location decisions: the case for US firms », *Journal of International Economics*, no.33(1), 1992, p.57-76

<sup>247</sup> WILLIAMSON O. E. - « The modern corporation: origins, evolution, attributes », *Journal of Economic Literature*, no.19, 1981, p.161-175

devenir des multinationales le lendemain de leur création<sup>248</sup>. Dans les autres domaines industriels, il y a des exemples d'entreprises qui se sont internationalisées aussi tôt qu'elles se sont engagées dans le commerce international. En particulier pour les petites et moyennes entreprises, a été entamé un véritable processus évolutionniste à l'international, facilité par l'exportation de leurs produits par le recours à des agents ou à des distributeurs ou par l'établissement de filiales de ventes ou encore de production à l'étranger<sup>249</sup>.

Les études empiriques ont montré que l'internationalisation linéaire des entreprises a été remplacée fréquemment par des paliers d'expansion, notamment pour les petites et moyennes entreprises, ou pour les compagnies oeuvrant dans des secteurs de haute technologie<sup>250</sup>.

D'après la théorie économique, pour s'internationaliser, ces entreprises ciblent d'abord les marchés étrangers vis-à-vis desquels elles estiment avoir la moindre « distance psychique », établie en fonction de facteurs culturels, commerciaux et géographiques. Ensuite, l'internationalisation d'une entreprise, influencée par cette « distance psychique », mais aussi par les tendances de la consommation sur le marché ciblé, passe par une phase intermédiaire d'importation de biens et de services, et d'achats de licences ou de brevets<sup>251</sup>.

Pour les grandes entreprises internationales les choix de délocalisations sont différents, car leur expérience pour gérer localement plusieurs filiales ou usines peut être transférée à l'étranger. Dans plusieurs cas, l'implantation sur un autre marché ne fait ainsi

---

<sup>248</sup> WOODWARD D. P. - « Locational determinants of Japanese manufacturing start-ups in the United States », *Southern Economic Journal*, no. 58, 1992, p.690-708

<sup>249</sup> WHEELER D.; MODY A. - op.cit.p.65

<sup>250</sup> ETHIER W.; MARKUSEN J. R. - « Multinational firms, technology diffusion and trade », *Journal of International Economics*, no.41, 1996, p.1-28

<sup>251</sup> BELL J., YOUNG S. - « Towards an Integrative Framework of the Internationalisation of the Firm », in *Internationalisation: Process, Context and Markets*, St. Martin's Press, New York, 1998

que reproduire les activités réalisées sur le territoire national et prolonger le cycle de fabrication par l'exportation des produits de la société mère aux filiales établies dans d'autres pays<sup>252</sup>.

A la suite des nombreux travaux de recherches menés sur le phénomène de la multinationalisation des entreprises, a émergé une littérature prolifique sur la définition de l'entreprise multinationale.

Au sens économique du terme, pour qu'une entreprise soit qualifiée de « multinationale », une des conditions nécessaires, mais non suffisante, est sa présence dans plusieurs pays. Dans cette optique, il faut qu'il y ait une unité d'action à l'échelle internationale, sinon on ne saurait parler d'une entreprise unique. Cependant, les auteurs s'accordent sur deux éléments complémentaires qui, ajoutés à la première condition de présence dans plusieurs pays, suffisent à caractériser la multinationalité. Il s'agit d'une part de *la mise en commun de ressources* et de la mise en œuvre d'une *stratégie coordonnée*, d'autre part.

Ainsi, dans la définition proposée par Morin, une entreprise multinationale serait « un ensemble formé par une société mère (appelée généralement holding du groupe) et les sociétés filiales placées sous son contrôle. La société mère est donc avant tout un centre de décision financier, alors que les sociétés placées sous son contrôle ne sont, la plupart de temps, que des sociétés exploitantes. Aussi le rôle essentiel d'une société mère est-il l'arbitrage permanent des participations financières qu'elle détient en fonction de la rentabilité des capitaux engagés<sup>253</sup> ». Le professeur Michalet présente de son côté la firme multinationale comme « une entreprise (ou un groupe), le plus souvent de grand taille, qui, à partir d'une base nationale, a implanté à

---

<sup>252</sup> MARKUSEN J. R.; VENABLES A. J. - « Multinational firms and the new trade theory », *Journal of International Economics*, no.46, 1998, p.183-203

<sup>253</sup> MORIN F. - *La structure financière du capitalisme français*, Ed.Calman-Levy, Paris, 1974

l'étranger plusieurs filiales dans plusieurs pays, avec une stratégie et une organisation conçues à l'échelle mondiale<sup>254</sup> ».

L'intérêt de ces approches tient à ce qu'elles annoncent déjà l'importance des stratégies à dominante financière des multinationales contemporaines.

Selon une autre approche, l'entreprise multinationale peut être définie comme « une entreprise qui détient (entièrement ou en partie), un contrôle et gère des activités créatrices de valeurs ajoutées (*vall-adding*) dans plusieurs pays. Pour réaliser ses objectifs elle s'engage dans des activités de production ou de services au-delà des frontières nationales, activités financées par l'investissement direct à l'étranger<sup>255</sup> ». Le point d'intérêt de cette définition concerne le déploiement des activités de valeur ajoutée de l'entreprise dans au moins deux pays. Mais l'élément essentiel des opérations multinationales est l'investissement direct à l'étranger, par opposition aux investissements de portefeuille, qui donnent le pouvoir de contrôle sur le processus décisionnel dans l'entreprise étrangère.

Dans le même sens, selon les professeurs Juillard et Carreau, les entreprises multinationales « réalisent la quasi-totalité des investissements internationaux, et elles sont à l'origine de l'essentiel des paiements internationaux<sup>256</sup> ». Le professeur américain John Dunning caractérise l'entreprise multinationale comme « l'orchestrateur d'un ensemble d'actifs dispersés géographiquement, mais interdépendants<sup>257</sup> ». Ces relations et activités en réseau constituent une des caractéristiques significatives des stratégies des firmes multinationales modernes.

---

<sup>254</sup> MICHALET C.A. – *Les Multinationales face à la crise*, IRM, Lausanne, 1985, p.11

<sup>255</sup> HOOD N. , YOUNG S. – op.cit.p.23

<sup>256</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – op.cit.p.32

<sup>257</sup> DUNNING J. H. – « Reappraising the Eclectic Paradigm in an Age of Alliance Capitalism », *Journal of International Business Studies*, no. 26, 1995, p. 461-491



L'évolution de la science économique dans la connaissance de l'entreprise multinationale a été accélérée par le processus d'expansion des firmes multinationales à l'échelle mondiale. En ce qui concerne le droit, malgré un certain décalage, il a essayé de s'adapter à cette évolution<sup>258</sup>. Le droit international public s'est intéressé assez récemment à ce phénomène et son évolution a été due en grande partie aux débats politiques et diplomatiques des années 70.

A l'époque, la quasi-totalité des entreprises multinationales était originaire des pays développés à économie libérale et, dans l'esprit de la guerre froide, elles étaient considérées ailleurs comme des instruments d'exploitation économique et de domination politique. Depuis, les choses ont changé et les multinationales sont devenues le produit direct de la libéralisation de l'économie internationale, mise en place par tout le réseau conventionnel qui n'a cessé de se développer depuis la fin de la deuxième guerre mondiale<sup>259</sup>.

Pour les juristes le terme « multinational » est employé pour désigner une personne titulaire de plusieurs nationalités. Mais pour les entreprises, en réalité, ce terme ne désigne que leur activité déployée dans plusieurs pays, et non le rattachement à plusieurs Etats. Ce déploiement caractérise l'existence d'unités productives à l'étranger, unités qui ont été réalisées à la suite d'investissements.

Dans le cas contraire, lorsque l'entreprise n'est pas installée sur un marché, et qu'elle est seulement représentée par le biais de représentations commerciales, elle n'est pas considérée comme une multinationale, car sa présence ponctuelle ne nécessite pas les aménagements structurels qui sont précisément caractéristiques d'une entreprise multinationale<sup>260</sup> ».

---

<sup>258</sup> GOLDMAN B.; FRANCESCAKIS P.(sous la direction de) - *L'entreprise multinationale face au droit*, Ed. Litec, Paris, 1977, p.80-129

<sup>259</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – op.cit.p.33

<sup>260</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.29

Le qualificatif « multinational » fait référence à la structure de l'entreprise, car « c'est elle qui pose au droit les plus grands problèmes, en raison du cloisonnement entre ordres juridiques nationaux<sup>261</sup> ». Par contre, la taille de l'entreprise n'entre plus dans les critères d'évaluation, d'autant plus que du point de vue comptable et fiscal, les petites entreprises soulèvent les mêmes problèmes que les grandes. De toute manière, l'expérience des dernières années nous a montré que les petites et moyennes entreprises se lancent de plus en plus sur le marché international. En même temps, il faut aussi souligner, contrairement à une opinion répandue, que tous les groupes géants ne sont pas multinationaux.

En général, parmi les critères employés pour définir l'entreprise multinationale en droit international on n'inclut pas le statut juridique et l'origine du capital. Pour définir l'entreprise multinationale, comme pour les investissements, il est clair qu'une définition trop stricte ne permettrait pas d'appréhender tous les aspects de la multinationalité et toutes ses conséquences juridiques. Cependant, le choix des critères d'une définition est essentiellement affaire d'options politiques ou idéologiques, ce qui rend les négociations entre les Etats et les groupes d'intérêt très difficiles.

En ce qui concerne le concept d'entreprise multinationale en lui-même, certaines organisations internationales ont pu faire preuve de pragmatisme et opter pour une définition souple et indicative, la plus large possible. C'est l'exemple de l'OCDE qui mentionne dans ses Principes directeurs<sup>262</sup>: « Une définition juridique précise des entreprises multinationales n'est pas indispensable aux fins des Principes directeurs. D'une façon générale, les entreprises multinationales comprennent des sociétés et autres entités, à capital privé, public ou mixte, établies dans des pays différents, et liées de telle

---

<sup>261</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.30

<sup>262</sup> OCDE – *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1986, Introduction, chapitre 8, p.16

manière qu'une ou plusieurs d'entre elles sont en mesure d'exercer une influence importante sur les activités des autres et, en particulier, de partager connaissances et ressources avec elles ».

Ultérieurement cette définition a fait l'objet de deux clarifications. La première concernait l'applicabilité des *Principes* aux groupements des compagnies aériennes, car ces groupements sont amenés à prendre des décisions de première importance sur les caractéristiques techniques des flottes aériennes. La participation à ces organismes de coopération n'implique pas de mise en commun de capital ou d'autres liens financiers, mais à la suite du premier réexamen des *Principes*, en 1979, elle a reçu l'acceptation. Cette résolution affirmative a permis de considérer comme entreprise multinationale certaines « activités ou arrangements qui ne comportent pas nécessairement un élément de participation au capital<sup>263</sup> ».

Les auteurs de la *Déclaration tripartite de l'OIT* ont adopté une solution analogue à celle de l'OCDE<sup>264</sup>.

La plupart des codes de conduite spécialisés, ne faisant pas de distinction de régime entre les multinationales et les autres entreprises, se passent de toute définition<sup>265</sup>. Ainsi, le *Code de la CNUCED* sur les pratiques commerciales restrictives, utilise fréquemment l'expression « entreprises, y compris les sociétés transnationales », sans toutefois définir ce dernier terme.

Néanmoins, la Commission des sociétés transnationales, qui a élaboré le Code de conduite de l'ONU, a recherché une définition précise<sup>266</sup>. Son but était de déterminer si les entreprises d'Etat et en

---

<sup>263</sup> OCDE (1986) – op.cit.p.18

<sup>264</sup> *International Labour Office – Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Geneva, 1977

<sup>265</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.33

<sup>266</sup> UN – *Draft United Nations Code of Conduct: Transnational Corporations*, Centre on Transnational Corporations, New York, 1976, p.14

particulier celles des pays socialistes, devaient être soumises au code et aux autres activités, normatives ou non de la Commission. C'est au demeurant pour cette même raison que la négociation a demandé plus de dix ans d'efforts. Avec l'abandon du modèle économique soviétique par les pays d'Europe centrale et orientale, le combat a cessé mais certains pays en développement pourraient reprendre les discussions.

Finalement, en vue de la définition de l'entreprise multinationale, « il a été convenu, après que la question des entreprises d'Etat eut été mise à part, d'admettre l'existence de trois éléments constitutifs, à savoir :

- a. Le déploiement dans plusieurs pays;
- b. La mise en commun de ressources (capital, personnel, savoir-faire, information...)
- c. La poursuite d'une stratégie unique par-delà des frontières<sup>267</sup> ».

Ces trois critères représentent l'élément essentiel de toute définition juridique acceptable, et d'ailleurs ils se retrouvent fréquemment dans la littérature économique. Par la suite quelques débats ont été entamés pour inclure des critères supplémentaires, concernant surtout les organismes d'Etat des pays de l'Europe centrale et orientale. En 1980, un accord a été trouvé dans la définition suivante : « Le présent code est universellement applicable aux entreprises, quel qu'en soit le pays d'origine ou le mode de propriété, à savoir qu'il s'agisse d'entreprises privées, publiques ou mixtes, qui sont composées d'entités opérant dans deux pays ou plus, quels que soit la structure juridique et le secteur d'activité de ces entités, selon un système de prise de décision (dans un ou plusieurs centres) qui permet l'élaboration de politiques cohérentes et d'une stratégie commune et au sein duquel ces entités sont liées, que ce soit par des liens de propriété

---

<sup>267</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.32

ou autres de façon que l'une ou plusieurs d'entre elles puissent exercer une influence importante sur les activités des autres et, notamment, mettre en commun avec les autres entités des informations, des ressources et des responsabilités<sup>268</sup> ».

Les circonstances de l'élaboration du *Code des Nations Unies* ont justifié peut-être les diverses tentatives de restreindre la définition par l'adjonction de critères supplémentaires, comme la taille des entreprises, leur statut juridique, ou la nature publique ou privée de leur propriétaire. D'autres organisations régionales ou universelles n'ont pas éprouvé les mêmes réticences et ont mieux tenu compte de la réalité et de la complexité de l'expansion économique multinationale<sup>269</sup>.

La doctrine de droit international a essayé de traduire en termes juridiques la définition économique, en préservant son étendue et sa souplesse, afin d'éviter de restreindre le champ d'analyse et d'exclure arbitrairement certaines règles internationales pertinentes. Parmi les propositions, l'Institut du droit international (IDI) a proposé la définition suivante : « Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales<sup>270</sup> ». Une autre définition proposée qualifie d'entreprise multinationale « toute entité qui a pour vocation de produire ou de commercialiser des biens ou des services et qui poursuit ce but avec le concours d'établissements situés sur le territoire de plusieurs Etats, entre lesquels elle répartit les ressources disponibles afin qu'ils exécutent les activités concertées à l'échelon de l'ensemble<sup>271</sup> ».

---

<sup>268</sup> CNUCED – *International Investments Instruments : A Compendium*, vol.I, Genève, 1996, p.162

<sup>269</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.35

<sup>270</sup> IDI – *Annuaire*, 1997, vol.57, tome II, p.340

<sup>271</sup> MUCCHIELLI J-L – *Multinationales et mondialisation*, Ed. du Seuil, Paris, 1998, p.23

L'appellation d'entreprise multinationale reflète bien sa double nature : unicité de l'entreprise et existence de plusieurs rattachements partiels à des ordres juridiques différentes. Selon Merciai, elle serait peut-être préférable à celle de « société transnationale », habituellement utilisée par les Nations Unies. Ainsi, « multinationale » reflète mieux les rattachements nationaux simultanés que « transnationale », qui laisse entendre que l'entreprise agit non seulement au travers des frontières mais également à partir d'un centre unique, alors que cette dernière condition n'est pas toujours vérifiée<sup>272</sup>.

D'autres auteurs utilisent « transnational » pour qualifier tout ce qui n'est pas exclusivement interétatique. La notion de « droit transnational »<sup>273</sup> a vu le jour pour caractériser des règles nées de situations juridiques comme les contrats conclus entre un Etat et une personne privée, aux confins du droit interne et du droit international public. Mais l'usage, comme la notion d'ailleurs, ne fait pas l'unanimité, d'autant qu'appliqué aux entreprises, le terme « transnational » pourrait avoir une connotation péjorative, du fait que l'ONU a adopté ce terme pour critiquer leurs activités<sup>274</sup>. En effet, les organisations internationales ont continué d'utiliser le terme « entreprise multinationale ».

Le qualificatif « internationale » ne devrait pas être employé pour la définition, car il laisserait entendre que l'entreprise est directement régie par le droit international public. En effet, on nomme usuellement « sociétés internationales » les entreprises créées par accord intergouvernemental et relevant donc directement du droit international public. Personnes morales de droit privé, les multinationales, au contraire, relèvent de plusieurs ordres juridiques nationaux, mais ne sont qu'indirectement destinataires de règles de droit international public.

---

<sup>272</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.37

<sup>273</sup> JESSUP Ph.– *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956

<sup>274</sup> MERCIAI P. – op.cit.p.37

D'autres qualificatifs ont été parfois utilisés, mais leur usage paraît éloigné de la réalité économique : « mondiale » serait trop restrictif, de nombreuses multinationales n'étant présentes qu'à l'échelon continental voire dans un petit nombre des pays. Pour ces raisons, aussi bien pour la définition, que pour la pratique juridique et économique, les opinions des chercheurs convergent vers le terme « entreprise multinationale » qui paraît être le plus général et englobant.

## **2. L'impact des stratégies menées par les multinationales sur les accords d'investissements**

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, le nombre, la taille, la nationalité, et l'étendue géographique des entreprises multinationales ont augmenté énormément. Toutefois la majorité des 65.000 sociétés mères de groupes multinationaux, avec leurs 850.000 filiales étrangères<sup>275</sup>, disposent toujours d'un centre géographique bien précisé et leurs pays d'origine sont bien connus. En même temps leurs administrations et surtout leurs hauts gestionnaires sont constitués largement des nationaux. Actuellement que ces entreprises multinationales, dont 80% sont localisées dans les pays développés les plus riches, emploient environ 6 millions de salariés à l'étranger et qu'elles contribuent à 25 % au produit brut mondial<sup>276</sup>.

Les stratégies d'implantation sur différents marchés et le développement des activités à l'étranger des entreprises multinationales sont décidés par ces dernières en fonction de critères objectifs facilement quantifiables. Les multinationales entrent dans des accords d'investissement par intérêt purement économique. Selon la littérature il existe trois grandes catégories de stratégies adoptées par les multinationales, en fonction des circonstances de la société

---

<sup>275</sup> CNUCED – *Prospects for FDI Flows, TNC Strategies and Policy Developments*, 2004-2007, Geneva, 2004

<sup>276</sup> CNUCED – *Handbook of Statistics 2004*, Geneva, 2005

internationale. Il s'agit des stratégies de marché (2.1), des stratégies productives (2.2) et des stratégies globales (2.3).

## *2.1 Les stratégies de marché*

Les stratégies de marché sont adoptées par les multinationales afin de réduire les coûts d'importation et elles aboutissent à la constitution de filiales dans le pays d'implantation<sup>277</sup>. Ainsi s'organise un flux de produits et de services intermédiaires au delà des frontières nationales.

Les investissements directs constituent un apport de capitaux et contribuent à l'accumulation du capital national. Les entreprises intègrent des marchés transfrontières avec un mécanisme interne de transfert des prix. De ce fait le commerce et l'investissement direct à l'étranger deviennent en même temps complémentaires et compétitifs. L'installation de nouvelles unités de production travaillant pour le marché national assure aussi un apport de technologies nouvelles, tant dans les procédés de fabrication que de gestion et que dans les produits eux-mêmes. Toutefois, si le pays, et notamment la politique de son gouvernement, « ne se plie pas aux règles essentiels des marchés, [...], les mouvement des capitaux iront se diriger plutôt vers des Etats plus crédibles aux yeux des acteurs de l'économie mondiale<sup>278</sup> ».

La période caractéristique de déploiement des stratégies de marchés correspond à la structuration hiérarchique des économies nationales<sup>279</sup>. Les entreprises étrangères disposent d'avantages spécifiques par rapport aux firmes domestiques et les conditions de concurrence ne sont pas équilibrées. Outre, dès lors que les firmes étrangères sont devenues des firmes domestiques, sous la forme de

---

<sup>277</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – *Les firmes multinationales*, Coll. Thémathèque, Ed. Vuibert, Paris, 1995, p.134

<sup>278</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.14

<sup>279</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.134



filiales relais, elles se mettent à rechercher la protection des pouvoirs publics locaux contre les importations.

Jusqu'aux années 70, l'investissement par création de nouvelles unités de production (*greenfield*) constitue la forme principale, sinon exclusive de l'investissement direct étranger dans le monde : « C'est de cette façon qu'historiquement, les premières multinationales originaires des pays industrialisés investissent dans les pays en voie de développement<sup>280</sup> ».

L'avance technique des entreprises multinationales par rapport à leurs concurrentes étrangères les contraint à installer leurs propres unités de production. En comparaison avec d'autres types d'investissement, la création présente des avantages spécifiques pour l'investisseur, qui s'assure le contrôle maximal de l'opération (localisation, équipements, fournisseurs, sous-traitants), et plus important encore, il conserve la maîtrise technologique au sein de la filiale.

Face à l'expansion des multinationales et aux mouvements de capitaux, on assiste à la création sous l'égide de l'OCDE, pendant les années 60, à deux instruments juridiques contraignants : le *Code de libération des mouvements des capitaux* et le *Code de libération des opérations invisibles courantes*. Ces deux Codes qui couvrent la plupart des transactions internationales autres que les échanges de marchandises ont joué un rôle majeur dans le maintien et l'amélioration de conditions propices à l'investissement dans la zone de l'OCDE<sup>281</sup>.

La structure du Code de libération des mouvements de capitaux prévoit un préambule, quatre titres et cinq annexes. Le premier titre concerne « les engagements relatifs à la libération des mouvements de

---

<sup>280</sup> TERSEN D.;BRICOUT JL. - op.cit.p.6

<sup>281</sup> WITHERELL H. - « Vers un ensemble international de règles en matière d'investissement », dans Documents OCDE : *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996, p.17

capitaux ». En vertu de l'article I, les membres de l'OCDE prennent des engagements généraux afin de « supprimer progressivement entre eux les restrictions aux mouvements des capitaux dans la mesure nécessaire à une coopération économique efficace<sup>282</sup> ». En même temps, il est prévu que « les membres s'efforceront d'étendre les mesures de libération à tous les membres du Fonds Monétaire International<sup>283</sup> ».

L'article 2 concerne les mesures de libération c'est à dire les mesures destinées à abolir les restrictions. Les membres accorderont toute autorisation pour les mouvements de capitaux ; tout en pouvant formuler des réserves.

Ces réserves se trouvent insérées dans deux listes, A et B, et selon leur insertion elles jouissent d'un régime différent. Ainsi, « le libellé des articles 2b ne permet la formulation de réserves ultérieures sur aucune des rubriques du Code des opérations invisibles courantes ou de la Liste A du Code des mouvements de capitaux. Cela implique un *statu-quo* qui, dans des circonstances normales, ne permet aucune réduction du décret de libération des opérations visées. S'agissant des rubriques de la Liste B, des restrictions peuvent être imposées et réimposées et des réserves formulées à tout moment<sup>284</sup>.

Les articles 3 et 5 prévoient que les Etats membres conserveront toujours leur prérogative de souveraineté malgré la libéralisation progressive des mouvements de capitaux. Ils pourront invoquer la notion d'ordre public ou de sécurité publique pour prendre des mesures allant à l'encontre du Code. Cependant, les Etats membres pourront exercer le contrôle sur les transactions ou pourront « prendre toutes mesures utiles pour faire échec aux infractions à leurs lois et réglementations<sup>285</sup> ».

---

<sup>282</sup> OCDE – *Codes de la libération des mouvements des capitaux*, Paris, 1995, p.60

<sup>283</sup> OCDE (1995) – op.cit.p.10

<sup>284</sup> OCDE – op.cit.p.26

<sup>285</sup> OCDE (1995) – op.cit.p. 10

L'article 7 mentionne les modalités de dérogation particulière aux mesures de libération selon les raisons invoquées, dont la situation économique et financière, des troubles économiques et la situation de la balance des paiements. Cependant, « le recours aux clauses dérogatoires ne doit dispenser que temporairement des obligations de libération et les restrictions imposées à ce titre doivent être supprimées dès que les circonstances le permettent<sup>286</sup> ».

Il y est précisé aussi que « les restrictions qui subsistent doivent être appliquées sans discrimination entre les pays membres de l'OCDE<sup>287</sup> ». L'article 8 pose le principe que l'absence momentanée de réciprocité ne constitue pas un obstacle au bénéfice des mesures de libération dès lors que les procédures prévues sont respectées. Ensuite, l'article 10 rappelle que les accords internationaux auxquels sont parties les membres de l'OCDE restent toujours applicables, et de ce fait, y sont permises des exceptions au principe de non-discrimination basées sur des régimes monétaires ou douaniers particuliers.

Le titre II traite des procédures de règlement des litiges et aux termes du titre III, le Comité des mouvements de capitaux et des transactions invisibles a la tâche générale d'interpréter ou d'appliquer les dispositions du présent Code ou des autres actes de conseil relatifs à la libéralisation des mouvements des capitaux.

L'Annexe A définit la notion de capitaux et y inclut : les investissements directs, la liquidation d'investissements directs, les opérations immobilières, les opérations sur titres sur le marché des capitaux, les opérations sur titres d'organismes de placement collectif, les crédits directement liés à des transactions commerciales internationales ou à des prestations de services sur le plan international, les crédits et prêts financiers, les cautionnements, les mouvements de capitaux à caractère personnel.

---

<sup>286</sup> OCDE – op.cit.p. 27

<sup>287</sup> OCDE – op.cit.p. 27

Ainsi, dès 1961, lorsque les codes ont été adoptés, ont été prévues des dispositions particulières à l'égard de l'investissement direct étranger, y compris la création de nouvelles entreprises, l'expansion des entreprises existantes, les fusions, les reprises et la participation de non-résidents à des entreprises nationales. Mais « ce n'est qu'en avril 1984 qu'un accord a été conclu en vue de rendre ces dispositions totalement applicables en demandant aux pays membres d'appliquer le principe du traitement national lorsqu'ils examinaient les demandes de licences ou les autres demandes d'autorisation nécessaires pour mener des opérations dans le pays concerné. L'amendement de 1984 a fait entrer dans le cadre du Code de la libération des mouvements de capitaux les principaux éléments du droit d'établissement<sup>288</sup> ».

Au fil du temps, à mesure que l'investissement direct étranger se détournait des pays en développement au profit des grands marchés de consommation, les créations d'entreprises sont devenues un mode d'implantation minoritaire. Cela confirme l'importance du facteur temps dans l'environnement concurrentiel où les entreprises disposent de délais de réaction réduits pour s'adapter aux évolutions du marché.

## *2.2 Les stratégies productives*

La rationalité des stratégies productives réside dans la réduction des coûts de production par des filiales nationales spécialisées qui travaillent pour un espace régional qui englobe plusieurs pays<sup>289</sup>. Sous cette forme d'organisation on assiste à une intensification des flux commerciaux internationaux, importations et exportations, liés aux activités des entreprises multinationales. Le choix des productions effectués localement par les multinationales accentue la spécialisation des pays d'implantation. Cependant, la prééminence de l'implantation des entreprises multinationales peut conduire à des choix de

---

<sup>288</sup> WITHERELL H. – op.cit.p.18

<sup>289</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.135

spécialisation qui sont contraires à ceux qu'auraient pris les pouvoirs publics locaux.

L'entreprise multinationale sélectionne ses pays d'implantation et les activités à mener en fonction de leurs avantages spécifiques, au moment de la décision, et son intérêt est de maintenir ces avantages le plus longtemps possible. Dans le cas contraire, il y a un risque important qu'elle remette en cause son implantation.

Vue la prolifération sans précédent pendant les années 70 et 80 du nombre d'entreprises multinationales dans le contexte de l'internationalisation croissante de la production, l'attention s'est portée sur la montée en puissance des entreprises multinationales, leur rôle dans l'économie mondiale et leur impact sur les économies nationales.

Ce phénomène suscita de vives controverses : « panacées pour certains, démoniaques pour d'autres, les entreprises multinationales, pour la majorité de l'opinion, étaient assimilées aux entreprises américaines, même si cela n'était pas entièrement vrai à l'époque<sup>290</sup> ».

Dans ce contexte de vive hostilité à l'encontre des multinationales et des investissements étrangers, les pays membres de l'OCDE ont entrepris de formuler un ensemble de normes applicables aux entreprises multinationales. Ainsi, a été négociée et adoptée en juin 1976 la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, qui comprend des décisions spécifiques sur les *Principes directeurs* à l'intention des entreprises multinationales, sur le traitement national et sur les stimulants et obstacles à l'investissement international<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> FATOUROS A. – « Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation », OCDE, 1999, DAFE/IME/RD(99)3, p.4

<sup>291</sup> OCDE – *Expérience de la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1998, DAFE/IME(98)15

Ce Code de bonne conduite à l'intention des multinationales, « énonçait, en termes de principes directeurs leurs droits et leurs obligations pour l'ensemble de leurs activités, dont le respect était volontaire : désormais, les entreprises multinationales devaient se comporter comme de bonnes citoyennes dans leurs pays d'accueil<sup>292</sup> ». Cette Déclaration « est probablement le plus connu des instruments de l'OCDE en matière d'investissement<sup>293</sup> ». Elle est constituée d'un préambule et de six articles, et elle revêt plutôt un caractère politique dans la mesure où elle constitue la manifestation de « l'engagement politique des membres de l'OCDE de coopérer sur un certain nombre de questions dans le domaine de l'investissement<sup>294</sup> ».

Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales sont « des recommandations adressées conjointement par les pays membres aux entreprises multinationales qui opèrent sur leur territoire<sup>295</sup> ».

Même s'ils n'ont pas un caractère contraignant, les gouvernements des pays membres de l'OCDE s'engagent à promouvoir le respect de ces principes directeurs. Dans le même temps, ils constituent des normes permettant aux entreprises multinationales de mettre leurs activités en harmonie avec la politique nationale du pays d'accueil<sup>296</sup>. Les entreprises doivent en substance « tenir pleinement compte des objectifs économiques et sociaux du pays d'accueil ; observer une transparence quant aux activités des entités s'implantant ; favoriser une coopération étroite avec la communauté et les milieux d'affaires locaux ; éviter toute forme de discrimination, et surtout observer une certaine neutralité politique qui passe par l'absence de corruption<sup>297</sup> ».

---

<sup>292</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.147

<sup>293</sup> WITHERELL H. – op.cit.p.18

<sup>294</sup> OCDE (1996) – op.cit.p.28

<sup>295</sup> OCDE – *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1997, Doc.OCDE/GD(97)40

<sup>296</sup> OCDE (1996) – op.cit.p.29

<sup>297</sup> OCDE (1997) – op.cit.p.34

Ainsi, les Principes directeurs constituent une norme volontaire supplémentaire en vue d'un comportement responsable des entreprises conforme aux lois qui s'appliquent là où elles exercent leurs activités : « Ils expriment les attentes communes des gouvernements qui y souscrivent quant au comportement des entreprises et ont valeur de référence pour les entreprises qui élaborent leur propre code de conduite<sup>298</sup> ». Les principes directeurs soulignent l'idée de la conformité au droit national et la soumission aux autorités nationales, en appelant à une attitude loyale à l'égard des intérêts des pays d'accueil<sup>299</sup>.

Dans le deuxième article est abordé le traitement national, en mentionnant les exceptions telles que l'ordre et la sécurité publique, et le traitement accordé doit correspondre aux normes du droit international. En outre, il est recommandé aux pays de l'OCDE de s'ouvrir et d'étendre le traitement national à d'autres pays. Il est précisé aussi dans le troisième article concernant les obligations contradictoires, qu'il faudrait éviter leur imposition aux entreprises multinationales.

Ces « Principes directeurs » ont été très utiles aux entreprises multinationales dans leur confrontation avec les pays d'accueil. A l'heure de leur apparition, tous les Codes de conduite négociés aux Nations Unies, à l'initiative des pays en développement reposaient principalement sur l'idée d'un conflit inégal entre des entreprises toutes puissantes et des gouvernements sans moyens. De ce fait, les Codes devaient donner aux gouvernements la possibilité de contrôle sur les activités des multinationales afin de faire prévaloir leurs politiques nationales.

Par contre, les *principes directeurs de l'OCDE* correspondaient à un point de vue plus traditionnel, selon lequel, en effet, entre les deux

---

<sup>298</sup> OCDE – Conférence de l'OCDE sur « Le rôle de l'investissement, les responsabilités des entreprises et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », Paris, septembre 1999, p.5

<sup>299</sup> FATOUROS A. – op.cit.p.7

partenaires, le plus puissant était le gouvernement : « Les Principes directeurs visaient uniquement à rétablir un équilibre préexistant et présupposé entre les deux acteurs dans la mesure où cet équilibre avait subi les effets des moyens particuliers des entreprises multinationales, tout en évitant toute interférence induite avec les intérêts légitimes des entreprises<sup>300</sup> ».

En ce qui concerne le caractère de « recommandations » des principes directeurs pour les multinationales, il a joué un rôle plutôt positif. Les organes de l'OCDE et les organes nationaux chargés de leur application ont ainsi pu disposer d'une plus grande latitude pour leur interprétation et leur application : « En réalité, durant les premières années, l'absence de caractère obligatoire a plutôt renforcé qu'affaibli l'efficacité des Principes directeurs<sup>301</sup> ». Au vu de leur succès et de leur influence, on peut affirmer que l'existence de procédures d'application et d'un mécanisme institutionnel associés à une *soft law* est en fin de compte plus importante que la nature juridique d'un instrument, dès lors qu'il y a volonté de l'utiliser efficacement.

Il faut souligner que l'existence d'entreprises multinationales correspondait à une stratégie destinée à surmonter les incertitudes de l'investissement international, et à « la nécessité d'avoir des règles au niveau international a confirmé le besoin d'avoir des normes internes équivalentes<sup>302</sup> ».

De plus en plus souvent à notre époque, les lois nationales reflètent les pressions exercées par le droit international, et de la même manière, les entreprises adoptent des Codes internes de conduite. Ces codes internes volontaires permettent aux entreprises de s'organiser efficacement. Ayant pris beaucoup plus d'importance ces dernières années, ils s'insèrent ainsi « dans une action de plus large envergure

---

<sup>300</sup> FATOUROS A. – op.cit.p.6

<sup>301</sup> OCDE (1999) – op.cit.p.4

<sup>302</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.29



menée par un grand nombre d'entreprises multinationales pour améliorer leurs normes d'éthique à l'échelle mondiale<sup>303</sup> ».

Les Codes de conduite sont aussi « une réponse aux influences juridiques externes et aux pressions, comme en matière de lutte contre la corruption, de protection de l'environnement ou au travers d'instruments contraignants, ou pas, dans le domaine de la responsabilité des entreprises et des droits de l'homme<sup>304</sup> ».

Sans avoir un caractère juridique contraignant, les Codes de conduite montrent que l'entreprise « consciente de sa responsabilité sociale, est prête à être jugée en fonction de sa performance<sup>305</sup> ». Ces instruments sont l'expression « des intentions des dirigeants des entreprises pour contrôler les opérations de leurs filiales, confrontées à la tension entre les règles de l'entreprise et les pressions liées au contexte du pays spécifique<sup>306</sup> ».

## *2.3 Les stratégies globales*

Les entreprises multinationales cherchent à se regrouper et à se concentrer, afin de parvenir à des situations dominantes. Le passage à des stratégies globales correspond à l'élargissement de la palette des déterminants du choix des pays d'implantation<sup>307</sup>.

La spécificité des stratégies globales réside dans le statut nouveau accordé aux activités de recherche-développement, car des capacités de recherche sont localisées à l'étranger. Ainsi, dans les stratégies globales, les entreprises multinationales intègrent l'innovation, en tant que contrainte de compétitivité. La recherche du plus haut niveau de

---

<sup>303</sup> OCDE (1999) – op.cit.p.4

<sup>304</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.29

<sup>305</sup> OCDE (1999) – op.cit.p.4

<sup>306</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.29

<sup>307</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.138

compétitivité s'ajoute en tant que critère supplémentaire à celui de la poursuite d'un pouvoir de monopole.

Les concentrations réalisées par fusion et acquisition donnent lieu à des financements opérés principalement sous forme d'investissements directs à l'étranger. Les transformations de structure de la production mondiale modifient la géographie des flux d'investissements, car les investissements directs vont plus vers des territoires qui disposent d'activités de haute technologie et d'un environnement réglementaire libéralisé. Le nombre de fusions et acquisitions a beaucoup augmenté dans les deux dernières décennies en prenant un caractère de plus en plus multinational<sup>308</sup>.

Les fusions et acquisitions se sont produites surtout entre unités de pays développés, mais les entreprises de pays en développement participent de plus en plus aux intégrations internationales. Elles s'opèrent par achats unilatéraux, par des prises de participations croisées transfrontalières ou par des réinvestissements de bénéfices ou de prêts.

Les concentrations par fusions et acquisitions augmentent les potentialités des entreprises. Elles entraînent des mouvements de capitaux, mais aussi des transferts technologiques, des structures d'organisation et de gestion. Les incertitudes de la conjoncture ont entraîné les grandes unités à explorer des voies plus souples d'intégration que les fusions et acquisitions qui exigent de gros capitaux et sont difficiles à rompre.

Il s'agit des accords de coopération et des alliances qui ont permis d'élaborer de nouvelles stratégies globales, avec des coûts de transaction en baisse grâce aux nouvelles techniques d'information et de communication. Leurs signataires bénéficient « d'un partage des

---

<sup>308</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.13

coûts de recherche, d'économies d'échelle et d'envergure résultant de l'exploitation de l'équipement en commun, pour une clientèle fidélisée, aux goûts et aux besoins homogénéisés, donc d'une extension des marchés pertinents<sup>309</sup> ». Les fusions et acquisitions ont été plutôt de nature financière aux Etats-Unis et ont précédé ce mouvement en Europe.

L'influence de la finance s'exerce par le biais du contexte général et l'activité industrielle résultant de l'endettement croissant et de la crise fiscale des Etats. Selon certains auteurs, « les fusions-acquisitions sont typiques d'une conjoncture à tonalité déflationniste, dont elles sont la conséquence en même temps qu'un facteur aggravant<sup>310</sup> ». Elles visent la restructuration des capacités de production avec réduction d'effectifs, ainsi que le transfert au profit du groupe acquéreur des parts de marché des groupes ou des firmes fusionnées. On assiste ainsi à un accroissement de la rentabilité du capital, et de ce fait, « la finance est bénéficiaire de la forme dominante de l'investissement direct étranger contemporain, en même temps qu'elle en est une des causes<sup>311</sup> ».

Depuis quelques années les stratégies globales sont au centre de la controverse portant sur les délocalisations. Par l'implantation à l'étranger, les entreprises suivent des stratégies qui visent à améliorer leur compétitivité à travers l'acquisition des technologies, du savoir-faire et des installations pour la recherche-développement, ainsi que des compétences en matière de gestion, qui ne sont pas disponibles dans le pays d'origine.

Le développement des délocalisations est particulièrement marqué en direction des nouveaux pays industrialisés qui offrent une main d'œuvre de bon niveau de qualification et de faible coût de production. Ce type de stratégie ciblée sur « l'augmentation des actifs » permet à

---

<sup>309</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.16

<sup>310</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.295

<sup>311</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.295

une entreprise, en fonction des avantages concurrentiels dont elle dispose, d'améliorer sa compétitivité par l'acquisition des actifs déjà créés dans le pays d'accueil. Cependant, les filiales des firmes multinationales sont actuellement peu impliquées dans les exportations. Elles sont principalement l'effet d'une part, de contrats de sous-traitance passés par des industriels extérieurs à des fournisseurs locaux, d'autre part, d'opérations d'exportations directes d'entreprises locales.

Les stratégies globales des entreprises multinationales les conduisent plutôt à privilégier la rationalisation de leur production et le rapprochement de leurs consommateurs. Toutefois, les entreprises multinationales pèsent sur les conditions locales de l'emploi au sein de chacune de leurs zones régionales.

## **B. Le positionnement des Etats à l'égard des investissements directs étrangers**

Les Etats ont été longtemps « les principaux sinon les seuls acteurs du droit international des investissements<sup>312</sup> ». Bien qu'ils soient confrontés aux activités des entreprises multinationales qui demandent un espace de plus en plus vaste, les Etats gardent leurs compétences limitées essentiellement au territoire national.

En matière d'investissements directs étrangers, dans le nouveau contexte économique à horizon international pour les entreprises, on constate un grand changement de la place et du rôle des Etats face à l'extension des entreprises multinationales (1), mais aussi une évolution des politiques mises en œuvre par les Etats à l'égard des investissements (2).

---

<sup>312</sup> DUNNING J.; NARULA R. – op.cit.p.27

## 1. Le changement de la place et du rôle des Etats face à l'extension des entreprises multinationales

Après la Seconde Guerre mondiale, des Etats de plus en plus nombreux venaient d'accéder à la souveraineté internationale, mais ne possédaient pas les moyens financiers et les connaissances techniques pour développer leurs équipements et exploiter leurs ressources naturelles. Pour les entreprises des pays développés, l'exploitation des richesses, les besoins d'équipements et la modernisation des pays en développement était « une précieuse source de profit<sup>313</sup> ».

Dans les pays en développement, avec l'émancipation de la tutelle coloniale, régnait un état d'esprit très critique à l'encontre de l'investissement étranger et du rôle des entreprises multinationales. Il leur était reproché de « dénationaliser » l'économie et d'être incapable d'assurer un authentique transfert technologique<sup>314</sup>. Les activités de ces entreprises étaient perçues dans certains pays comme une menace potentielle pour l'exercice de la souveraineté nationale, surtout dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles, en raison de l'épuisement des gisements sans effets industrialisants locaux. Toutefois, « la faiblesse du capital national qui menait inexorablement à l'endettement extérieur et à l'asphyxie financière a déterminé les gouvernements des Etats en développement d'accepter la conclusion des contrats d'Etat<sup>315</sup> ».

Ainsi, le climat prédominant dans les relations d'investissement était une méfiance réciproque : « l'Etat d'accueil craignait d'entrer dans une relation économique inégale où il serait condamné à avoir le dessous, et l'investisseur étranger redoutait d'entrer dans une relation

---

<sup>313</sup> WEIL P. – « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », dans WEIL P.- *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p.412

<sup>314</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.147

<sup>315</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.148

juridique inégale où il serait affronté à la souveraineté de l'Etat<sup>316</sup> ». Les premiers signes d'hostilité à l'encontre de l'investissement étranger se sont manifestés au cours des décennies 50 et 60, mais leur point culminant se situe dans la première moitié de la décennie 70<sup>317</sup>, avec des expropriations et des nationalisations d'actifs étrangers en grand nombre. A cette époque ont été faites les premières tentatives de soumettre les contrats d'investissements au droit international. Le recours au droit international devait permettre d'équilibrer les relations entre les pays du Sud et les investisseurs occidentaux en les soumettant à un système juridique dont « l'essence même est de reposer sur le postulat d'une égalité souveraine ignorant les inégalités concrètes<sup>318</sup> ».

Cette théorie de l'internationalisation des contrats a rencontré l'opposition acharnée des Etats du Tiers Monde. Elle a été dans l'ensemble mal accueillie, l'application du droit national de l'Etat d'accueil passant alors seule pour acceptable.

Sur le plan théorique, selon les précisions du professeur Weil, on faisait état de la difficulté de principe que soulevait la soumission au droit international de relations juridiques dont l'une des parties n'est pas un sujet de droit international. D'un point de vue pratique, on avançait la rareté, pour ne pas dire l'absence de règles de droit international régissant spécifiquement les relations, surtout de nature contractuelle, entre un Etat et un investisseur étranger, sujet de droit privé. De ce fait « appliquer aux contrats d'investissement les règles gouvernant le droit des traités internationaux, c'est-à-dire appliquer aux rapports juridiques nés de l'investissement privé étranger les règles régissant les relations interétatiques, équivaldrait à conférer à

---

<sup>316</sup> WEIL P. – op.cit. p.412

<sup>317</sup> L'année 1975 marque l'apogée de cette période, avec 83 cas d'expropriations dans 29 pays différents, selon CNUCED - *World Investment Report 1994: Transnational Corporations, Employment, and the Workplace*; United Nations Publications, New York, Geneva, p.9

<sup>318</sup> WEIL P. – op.cit. p.413

l'investisseur privé étranger la qualité d'un sujet de droit international de rang égal à celui d'Etat d'accueil<sup>319</sup> ».

Sans perdre de vue la situation des investissements étrangers, il faut faire quelques remarques sur la situation financière au plan international à la fin des années 50. Il s'agit, selon les statistiques de l'époque, « d'un épuisement progressif des normes de consommation, d'une réapparition de situations de surproduction et d'une baisse de la rentabilité des investissements industriels<sup>320</sup> ». Les années 50 ont vu l'essor des entreprises multinationales, notamment américaines, dont « l'extension s'intégrait dans la stratégie géopolitique du gouvernement des Etats-Unis<sup>321</sup> ». Ensuite, les entreprises américaines se sont orientées vers les pays européens afin de mieux satisfaire leur demande intérieure forte après les années de guerre.

Par la suite, à l'aide des profits non rapatriés, mais aussi non investis dans la production, déposés par les firmes transnationales américaines, s'était constitué une masse de capitaux cherchant à se valoriser financièrement, comme capital de prêt. Ainsi, s'est formé « le marché des eurodollars<sup>322</sup> », qui « a pris son envol à partir du milieu des années soixante, bien avant le choc pétrolier et la récession de 1974-1975<sup>323</sup> ».

Les liquidités concentrées sur le marché des eurodollars ont alimenté les grandes crises de change, qui ont marqué le retour de la

---

<sup>319</sup> WEIL P. – op.cit. p.414

<sup>320</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.60

<sup>321</sup> LAFAY G.; FREUDENBERG M.; HERZOG C.; UNAL-KESENCI D. – *Nations et mondialisation*, Ed. Economica, Paris, 1999, p.20

<sup>322</sup> « L'euromarché apparaît comme une sorte d'énorme marché 'hors douane' et de gros, qui a entraîné une forte intégration financière internationale par la voie indirecte. » (BOURGUINAT, 1992, p.57) « L'euromarché a été un marché de gros dans la mesure où il ne portait que sur des montants élevés, dont une fraction importante a pris la forme, jusqu'à la crise mexicaine de 1982, de prêts syndiqués faits par les banques internationales aux pays en développement. Il s'agissait avant tout d'un marché interbancaire, dominé par l'oligopole de la cinquantaine de plus grandes banques des pays de la Triade qui composeront plus tard le Club de Paris des institutions créancières de la dette du tiers monde. » (CHESNAIS F. op.cit.p.61)

<sup>323</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.60

finance spéculative. Parmi les crises, la crise du dollar a marqué un tournant dans l'évolution de la société financière internationale. A ce moment, les Etats-Unis ont considéré la parité du dollar avec l'or comme insoutenable au regard de leur déficit budgétaire et commercial et ils en ont décrété, de manière unilatérale, l'abrogation, en août 1971. La décision des Etats-Unis, intervenue sans consulter les signataires de l'Accord de Bretton-Woods, a instauré le système des taux de change flexibles.

Dans un système mondial de change flottant, le taux de change constitue un outil primordial de politique économique pour les gouvernements, car les choix de son niveau déterminent la structuration de l'appareil productif national. Les taux de change entre les monnaies et leurs taux d'intérêt qui leur sont liés jouent un rôle de plus en plus important dans l'orientation des mouvements de capitaux, la localisation des productions et les créations d'emplois<sup>324</sup>. Le système des taux de change flexibles est la source de l'instabilité monétaire, car il incite et favorise les spéculations sur les monnaies. Son établissement a fait du marché des changes « le premier compartiment des marchés financiers<sup>325</sup> ». Sur ce marché une grande partie des actifs financiers des investisseurs est placée dans un but de valorisation à très court terme, leur assurant un degré maximal de liquidité et de très gros profits.

Avec l'augmentation des flux internationaux d'investissement et la consécration de la notion d'investissement dans le domaine juridique, s'est produit un adoucissement de l'encadrement juridique de l'investissement.

Les Etats acceptent progressivement de renoncer à leur droit de régir unilatéralement l'économie. Ils sont désormais en concurrence. Ils vont accepter de conclure des accords bilatéraux de protection et de

---

<sup>324</sup> LAFAY G.; FREUDENBERG M.; HERZOG C.; UNAL-KESENCI D. – op.cit p.5

<sup>325</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.62



promotion des investissements et peu à peu, d'amender leurs législations, ou de les reformuler, dans un sens plus libéral<sup>326</sup>.

L'existence des entreprises multinationales n'est plus contestée à la fin des années 70. Le retrait généralisé des Etats de l'économie correspond à une attente, sinon à une revendication des opérateurs économiques qui ne supportent plus les rigidités étatiques.

Le recyclage des « pétrodollars », opéré par le marché des eurodollars, a permis aux pays de l'OCDE de surmonter la récession de 1974-1975 en augmentant très rapidement leurs exportations. En même temps, ce recyclage a fait naître la dette écrasante de très nombreux pays en développement.

En permettant la relance de l'économie des pays de l'OCDE au moyen des exportations vers les pays en développement, les crédits offerts y ont été créateurs d'investissements, d'emplois et de revenus. Pour les pays en développement les crédits avaient valeur de capital. Pour les banques, il s'agissait de montages destinés à assurer la rentrée de profits bancaires et de flux d'intérêts.

Les liquidités résultant du dépôt des « pétrodollars » ont permis la création de lignes de crédit plus élevées. Les transferts internationaux opérés à partir de 1975 au titre de paiement des intérêts des crédits bancaires ont renforcé la sphère financière. Avec la hausse brutale du niveau des taux d'intérêt de 1980, le sens du flux financier net est passé de Nord-Sud à Sud-Nord, et le service de la dette a précipité les pays débiteurs dans la crise<sup>327</sup>. Avec la crise de la dette, à travers le FMI, le système bancaire international a commencé à imposer des choix contraignants aux gouvernements.

---

<sup>326</sup> BENCHENEB A. – « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle* [...], Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.185

<sup>327</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.63

De toute évidence, dans le domaine économique, le système mondial se caractérise par l'asymétrie dans la capacité de certains Etats d'influencer la conduite interne des autres.

Il existe donc une hiérarchie de puissance entre les différents Etats du monde, dont au sommet se situe les Etats-Unis, en raison uniquement de la force et de la dimension de leur secteur financier : « Du fait de leur supériorité dans le domaine de la finance, de leur système politique et de leur philosophie sociale aux ressorts fondamentaux de la valorisation du capital, les Etats-Unis sont idéalement placés pour concevoir sinon dicter, les règles du jeu de l'ordre capitaliste mondial, qui sont aussi celles qui leur conviennent le mieux<sup>328</sup> ». Moyennant leurs positions au FMI et à la Banque Mondiale, les Etats-Unis ont imposé les politiques d'ajustement structurel d'abord, puis de libéralisation et de déréglementation aux pays les plus faibles. Ainsi, secteur après secteur, ils ont dicté également les règles du jeu qui convenaient aux pays les plus avancés.

C'est à peu près au début des années 80 « que les forces les plus antisociales des pays de l'OCDE ont engagé le processus de libéralisation, de déréglementation et de privatisation. Ils ont pu le faire en exploitant à leur profit le reflux amorcé par l'action de tous les dirigeants politiques et syndicaux qui ont contribué à contenir le potentiel véritablement démocratique, et de ce fait, anticapitaliste, des grands mouvements sociaux, qui ont jalonné la décennie 1968-1978 en Europe de l'Ouest comme de l'Est, de même qu'aux Etats-Unis et en Amérique latine<sup>329</sup> ».

L'arrivée au pouvoir des gouvernements Thatcher au Royaume-Uni et Reagan aux Etats-Unis a marqué le début d'une offensive politique et sociale, dont « l'objectif essentiel était de briser l'ensemble des institutions et des rapports sociaux<sup>330</sup> ». Ces institutions et ces

---

<sup>328</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.37

<sup>329</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.34

<sup>330</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.34

rapports ont freiné la liberté d'action du capital, assuré aux salariés des éléments de défense contre leurs employeurs et, moyennant le plein emploi, une protection sociale à la très grande majorité de la population dans au moins l'un des trois pôles des pays industrialisés. En l'espace de quelques mois grâce aux immenses besoins de financement du gouvernement Reagan et avec l'aide d'une réévaluation brutale du dollar (doublement du taux de change), les taux d'intérêt réels à long terme ont atteint le niveau faramineux de 15% et ont inauguré l'ère de domination du capital financier à caractère rentier. Par le biais de la libéralisation et de la déréglementation financières, et en raison de la position internationale des places boursières de Wall Street et de la City, les gouvernements américain et britannique ont jeté les bases du régime d'accumulation à dominante financière.

Appuyés et relayés en Europe par le Royaume-Uni et des secteurs de la Commission européenne, les lobbies américains, soutenus par les moyens considérables de l'Etat fédéral, multiplient les initiatives au FMI, à la Banque Mondiale, à l'OCDE et à l'OMC pour imposer l'achèvement du processus de déréglementation et de libéralisation commerciale et financière dans les domaines qui y échappent encore partiellement mais aussi et surtout, pour la flexibilisation du travail et la déréglementation salariale<sup>331</sup>.

Les années 80 ont connu une croissance sans précédent pour les investissements directs étrangers. Cette croissance s'est poursuivie pendant la décennie suivante, et l'ampleur des flux d'investissement a modifié fondamentalement l'attitude des gouvernements vis-à-vis de l'investissement direct étranger et des entreprises multinationales. Les Etats déploient des moyens considérables pour attirer les investisseurs sur leur territoire, mais, en même temps, les politiques libérales adoptées par les Etats ont eu des effets directs sur l'exercice de leur souveraineté en matière économique.

---

<sup>331</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.37

Les entreprises multinationales en plein essor ont besoin de plus d'espace, au-delà des frontières et du domaine de compétence d'un seul Etat. La taille des grandes entreprises multinationales a un impact plus important sur les marchés et sur le comportement des Etats à leur égard. Les grandes unités jouent ainsi de la concurrence entre les gouvernements qui n'édicte pas les mêmes réglementations et cherchent à attirer des activités : « C'est en effet, le caractère multinational de la grande unité autant que son importance, qui prive l'Etat de la capacité à imposer un cadre juridique national stable<sup>332</sup> ».

Aussi peuvent-elles transformer profondément la structure des marchés en réalisant des fusions-acquisitions et exercer des pressions sur les pouvoirs publics afin d'obtenir des allègements du cadre juridique. Si une multinationale estime que le cadre juridique est trop contraignant, elle peut délocaliser l'activité de ses filiales dans un autre pays, et de ce fait, elle cherche à faire plier ce cadre à ses exigences et à ses intérêts. Ainsi, pour attirer des investissements directs de grandes multinationales, les Etats « privatisent des entreprises, leurs attribuent des aides, fixent des normes de qualité ou usent de taxations différentielles qui font obstacle à des importations concurrentes. Pour encourager les exportations, les Etats font aussi des démarches diplomatiques, tolèrent ou même financent des pratiques de corruption dans des contrats d'exportation (...) ils vont parfois s'opposer à des accords internationaux de libéralisation d'échanges, de protection de l'environnement ou encore de contrôle du blanchiment d'argent<sup>333</sup> ».

Les pressions exercées sur les Etats par les multinationales en même temps que les besoins croissants d'investissement des Etats font que ces derniers doivent entrer dans des coalitions avec les multinationales<sup>334</sup>, « temporaires par nature, pour conforter leurs

---

<sup>332</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.23

<sup>333</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.24

<sup>334</sup> Par exemple, lorsque les Etats ne disposent plus des moyens pour assurer les coûts croissants d'infrastructures d'intérêt national, ils doivent s'entendre avec les grandes multinationales.

intérêts<sup>335</sup> ». Parce que les Etats disposent de peu de moyens pour intervenir au-delà de leurs frontières, la coalition avec les multinationales leur permet de mener des stratégies dans d'autres pays.

Les coalitions faussent la concurrence, aussi bien à l'intérieur des Etats que sur les marchés mondiaux : « A l'intérieur des Etats la concurrence entre grandes unités est faussée par l'appui que l'Etat porte à celles qui sont les plus puissantes, comme l'a montré aux Etats-Unis la préférence donnée dans des contrats militaires par les autorités américaines à Boeing sur McDonnell Douglas, mis en faillite, et plus récemment, à Lockheed Martin<sup>336</sup> ». Sur les marchés mondiaux, vu les enjeux financiers, la concurrence entre les coalitions Etat-Multinationales prend souvent une forme conflictuelle proche de la guerre économique et la situation de l'économie mondiale dépend surtout de compromis passés entre les différentes coalitions.

La liberté d'action des Etats est limitée par les stratégies des grandes multinationales. Il est certain que sur leurs territoires les Etats peuvent appliquer le droit national à leurs propres multinationales ou aux filiales de multinationales qui y sont localisées, mais les Etats doivent aussi adapter leurs politiques nationales aux stratégies des grandes unités. Toutefois, cette logique n'est pas valable pour tous les Etats, surtout pour les grandes puissances économiques et militaires qui peuvent exercer une influence considérable sur les stratégies des multinationales les plus importantes.

A l'opposé, la situation des pays en développement est complètement différente, dans le sens où « les pays en développement les plus défavorisés ne peuvent pas résister aux politiques de multinationales qui dominent leurs activités agricoles, halieutiques et minières et peuvent entraîner des fluctuations, en quantité et en prix, de leur commerce international, des variations des flux de capitaux étrangers et des changements de l'environnement réglementaire. Enfin

---

<sup>335</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.25

<sup>336</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.25

leurs politiques sont soumises aux injonctions de la Banque Mondiale et du FMI, auxquelles ils n'ont souvent pas pu résister, même lorsqu'elles leur semblaient inopportunes<sup>337</sup> ».

Une autre limite à la liberté d'action des Etats est due aux compétences croissantes que les Etats attribuent à des institutions internationales. Ainsi, de nombreux domaines échappent partiellement à la compétence des Etats, mais ces derniers sont présent dans les organes de ces institutions et peuvent en orienter l'action. Certaines aident d'ailleurs les gouvernements à faire des réformes, mais qu'ils ne peuvent pas effectuer seuls, en raison des pressions exercées par des groupes d'intérêts nationaux<sup>338</sup>. L'encadrement des marchés mondiaux dépasse le domaine de compétence des Etats.

Les grandes multinationales emploient de gros moyens dans la compétition pour la conquête de nouveaux marchés. Les politiques d'investissements directs étrangers des grandes unités multinationales ont joué, avec l'ouverture des frontières, un rôle déterminant dans le développement de ces concentrations géographiques. Avec leurs capacités financières elles peuvent pénétrer de nouveaux domaines d'activités et de nouveaux marchés dans des délais très courts, ce qui accentue l'instabilité de l'environnement économique mondial.

Les déplacements de capitaux de grandes multinationales, l'absence de transparence qui les accompagne, sont à l'origine de mouvements internationaux de fonds d'un volume capable de déstabiliser une économie nationale. De plus, les concentrations des multinationales, mais aussi les changements intervenus dans la répartition du pouvoir entre financiers et gestionnaires de ces unités et dans leurs stratégies, ont transformé la concurrence sur les marchés nationaux en compétition entre des coalitions Etat-multinationales sur les marchés mondiaux

---

<sup>337</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.26

<sup>338</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.28

## 1. L'évolution des politiques mises en œuvre par les Etats

En matière d'investissements directs étrangers, comme dans bien d'autres domaines, les Etats ont créé des normes de droit international « par la reconnaissance des principes juridiques nés de la pratique bilatérale et multilatérale<sup>339</sup> ». De ce fait, les lois et les politiques nationales ont assumé un rôle primordial en ce domaine, constituant ainsi « la partie la plus concrète et la plus détaillée du cadre juridique existant actuellement en matière d'investissements<sup>340</sup> ».

Ces lois et « codes » d'investissement ont souvent cherché dans le passé à attirer et à réglementer l'investissement étranger direct, en se concentrant, d'une part, sur les conditions d'admission des filiales étrangères et la réglementation de leur activité, d'autre part, en cherchant à promouvoir l'investissement étranger à travers des incitations fiscales ou un traitement spécial<sup>341</sup>.

Ainsi, pendant les décennies 60 et 70, les politiques gouvernementales à l'égard des investissements étrangers sont restées relativement stables. Avec le processus de décolonisation et la nationalisation des ressources naturelles dans les pays en développement, l'orientation marquée des flux d'investissements étrangers était du Nord vers le Sud. La situation d'ensemble se caractérisait donc par « des cadres relativement étanches d'exercice des différents politiques vis-à-vis des investissements et des firmes multinationales<sup>342</sup> », avec un contrôle plus ou moins strict de l'investissement direct étranger.

En d'autres termes, ce qui caractérisait cette période c'est que l'Etat définissait, sans aucune contrainte juridique extérieure, le droit

---

<sup>339</sup> JUILLARD P. – op.cit. 23

<sup>340</sup> JUILLARD P. – op.cit.9

<sup>341</sup> HAAPARANTA P. - « Competition for foreign direct investments », *Journal of Public Economics*, no.63(1), 1996, p.142

<sup>342</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.145

qui devait régir l'investissement étranger depuis son admission jusqu'à son éventuelle liquidation. L'investissement pouvait être admis dans le pays d'accueil en vertu d'une autorisation administrative, susceptible de faire l'objet d'un retrait unilatéral. Donc, l'encadrement des investissements étrangers était strictement réservé à l'ordre juridique interne de l'Etat hôte. Dans ce contexte, « l'unilatéralisme présidait à la définition des conditions juridiques de l'activité de l'investisseur : modes d'exploitation et de gestion, etc.<sup>343</sup> ».

Dans les pays développés, il existait généralement à la fin des années 70, des systèmes administratifs fondés sur l'autorisation préalable des entrées et des sorties de capitaux. Mais il n'y avait pas à cette période « une vision d'ensemble de la place et du rôle de l'investissement direct dans la formation nationale du capital, dû peut-être à la difficulté de procéder à une évaluation objective des différents effets<sup>344</sup> ». Au niveau des entrées de capitaux, de nombreuses clauses limitaient la participation du capital étranger ou le canalisait vers certains secteurs économiques<sup>345</sup>. Au sein de l'OCDE, seuls six pays n'avaient pas de procédure générale d'examen de l'investissement direct et n'imposaient pas de contraintes sur le financement local<sup>346</sup>.

En revanche, sans exception, tous les pays appliquaient des restrictions dans certains secteurs. Ainsi, outre la défense nationale, il y avait des secteurs fermement interdits à l'investissement d'origine étrangère tels que les services bancaires, financiers et d'assurance, mais aussi les transports aériens, maritimes et les communications. En même temps, la présence de monopoles dans les services publics écartait de fait toute possibilité d'investissement étranger.

---

<sup>343</sup> SALEM M. – « Investissement étranger et droit international », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.371

<sup>344</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.82

<sup>345</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.146

<sup>346</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.21



Ces différentes mesures s'appuyaient sur « des considérations de sécurité nationale, d'intérêt public mais aussi de défense d'intérêts de certaines catégories de producteurs<sup>347</sup> ». Parallèlement, en ce qui concerna les capitaux sortants, « trois effets potentiels avaient appelé l'attention des gouvernements :

- les conséquences sur le solde de la balance des paiements ;
- les risques d'évasion fiscale, et, accessoirement,
- les considérations prudentielles ou institutionnelles dans le cas des flux opérés par des organismes financiers<sup>348</sup> ».

Il ne faut pas perdre de vue que, dans le contexte de l'époque, le souci primordial des gouvernements demeurait l'amélioration du solde de la balance commerciale, et l'investissement direct étranger était perçu avant tout comme « le complément des exportations ». Très peu de gouvernements avaient fait la relation entre l'investissement à l'étranger et l'investissement intérieur, car seulement plus tard, vers la fin des années 80, émergeront « des préoccupations concernant les effets directs et induits sur le niveau de l'emploi national et sur l'érosion possible de la base technologique nationale<sup>349</sup> ».

Globalement, les mesures prises visaient l'établissement de contrôles sélectifs sur les sorties de capitaux, ainsi que la mise en œuvre d'instruments fiscaux destinés « à neutraliser tout biais fiscal avantageant les investissements directs à l'étranger au détriment de l'investissement intérieur<sup>350</sup> ».

En ce qui concerne les pays en développement, qui étaient pour la plupart des pays d'accueil de l'investissement direct d'origine étrangère, on constatait une certaine méfiance à l'égard des investissements

---

<sup>347</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.146

<sup>348</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.82

<sup>349</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.147

<sup>350</sup> BAUCHET P. – op.cit.p.21

directs étrangers, largement du fait de considérations idéologiques<sup>351</sup>. Sur le terrain de la confrontation entre les pays du Nord et ceux du Sud, et l'attitude hostile des pays du Sud aux investissements provenant du Nord, il s'avère que « la grande majorité des pays en développement ont adopté un comportement défensif, bien que dans la pratique, le spectre des politiques mises en œuvre soit assez large<sup>352</sup> ». On allait ainsi des politiques totalement fermées en œuvre dans les pays du camp socialiste, « aux politiques de large ouverture menées par certains pays comme HongKong et Singapour où l'investissement joua un rôle décisif dans l'accumulation du capital et l'acquisition de technologie<sup>353</sup> ».

En général, les gouvernements des pays en développement avaient établi des codes d'investissement qui fixaient les modalités de contrôle de l'investissement étranger. Les principes de base étaient la d'une part la discrimination entre les entreprises nationales et les entreprises étrangères, d'autre part les exigences de performance de la part des filiales étrangères<sup>354</sup>.

A cette époque, les investissements réalisés par les résidents nationaux bénéficiaient d'un traitement de faveur par rapport à ceux d'origine étrangère, ce qui fait que le droit d'établissement et l'activité des entreprises étrangères dérogeaient au droit commun et que le traitement national ne s'y appliquait pas. Les administrations vérifiaient la conformité des dossiers déposés par les investisseurs étrangers selon une liste de critères tendant à « brider la liberté de manœuvre des filiales étrangères<sup>355</sup> ».

---

<sup>351</sup> WEIL P. – op.cit. p.411

<sup>352</sup> FATOUROS A. – « Vers un Accord international sur l'investissement direct étranger ? », in OCDE - *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996, p.50

<sup>353</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.147

<sup>354</sup> SALEM M. – « Investissement étranger et droit international », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.372

<sup>355</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.147

Concrètement, la détention du capital des filiales créées par les entreprises étrangères ou issues de prises de participation dans des entreprises nationales était limitée à 49 %, ce qui contraignait ces entreprises étrangères à s'associer avec un ou plusieurs partenaires locaux. En outre, cette exigence était souvent renforcée par l'obligation faite aux investisseurs étrangers de réserver le poste de président ou de directeur général de la filiale ainsi constituée à un national du pays d'accueil qui, dans certains cas, pouvait être directement nommée par le gouvernement.

La discrimination touchait aussi les secteurs économiques, car les codes d'investissement prévoyaient la liste des secteurs fermés à l'investissement étranger ou la liste des secteurs ouverts. Il pouvait arriver qu'un secteur défini comme ouvert soit déclaré tout à coup et unilatéralement « stratégique », ce qui pouvait entraîner l'expropriation et la nationalisation des actifs étrangers. Aussi, les banques centrales, très défavorables aux sorties de devises étrangères, avaient-elles renforcé le régime général de contrôle des changes, afin de limiter les transferts de capitaux par le paiement des dividendes et le rapatriement des bénéfices.

Il est certain que le principe de discrimination s'appuyait sur une double rationalité politique et économique. Il visait avant tout à préserver la souveraineté nationale, mais aussi un développement autocentré, par la substitution aux importations, pour assurer la croissance économique.

En ce qui concerne les exigences de performance, il s'agissait de mesures complémentaires au principe de discrimination, ajoutées progressivement aux codes d'investissement et qui avaient comme but d'augmenter la contribution des investissements directs étrangers à l'accumulation nationale. Elles comportaient des exigences de contenu

local, des obligations en matière d'exportation et de transfert de technologies.

En même temps, les entreprises étrangères, en s'installant sur le territoire d'un pays, attendaient des compensations de la part du gouvernement<sup>356</sup>, notamment sous la forme d'une exclusivité ou d'une limitation du nombre des investisseurs étrangers admis dans le pays d'accueil ou encore, d'un encadrement des importations dans le cadre d'une politique classique de développement par substitution aux importations. Ces mesures conduisaient à garantir « une rente de situation aux entreprises, qui ne faisait qu'accentuer la structure oligopolistique et dualiste de l'économie nationale<sup>357</sup> ».

C'est dans ce contexte, qu'à cette époque, a été commencé le vaste mouvement d'intégration régionale, afin de soutenir les politiques de substitution aux importations et de pallier l'insuffisance de la demande. Les années 1980, ont vu se produire un vrai tournant à l'égard des investissements étrangers, caractérisé par l'ouverture des frontières et la tendance générale à la libéralisation de l'environnement légal, réglementaire et institutionnel.

Les pays en développement sont alors les plus touchés par ce changement. Les codes d'investissement ont été progressivement révisés dans le sens de l'extension du régime national aux investissements étrangers. Le principe de discrimination est abandonné alors que les exigences de performance sont aménagées. Les dispositifs réglementaires qui ne sont pas abrogés sont de moins en moins appliqués. Ces changements importants sont intervenus dans une conjoncture économique défavorable, caractérisée par un ralentissement de la croissance économique et une faiblesse chronique de l'accumulation du capital dans la plupart des pays. En outre, les

---

<sup>356</sup> WEIL P. – op.cit. p.414

<sup>357</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.151

pays en développement ont souffert de l'effondrement des cours des produits de base.

Autre cause majeure du changement d'attitude des Etats à l'égard des investissements étrangers a été le poids de la dette extérieure, car le service de la dette affectait le processus de d'accumulation nationale et réduisait l'importation de biens d'équipement et de services spécialisés : « les gouvernements ont alors redécouvert des vertus à l'investissement direct, en raison de la rareté des prêts en capital, mais aussi de la dévalorisation, à leurs yeux, des emprunts internationaux. Il est apparu au cours des années 1970 que le principal avantage des emprunts sur l'investissement direct résidait dans le fait qu'ils permettaient de préserver la souveraineté des pays emprunteurs<sup>358</sup> ».

La crise de la dette a éclaté en 1982. A partir de ce moment, comme nous l'avons vu précédemment, le système bancaire international a commencé à imposer des choix contraignants aux gouvernements, à travers des programmes d'ajustement structurel et de conditionnalité des prêts. Pour les gouvernements, la solution pour desserrer la contrainte financière a été d'adopter le modèle libéral de croissance tiré par les exportations<sup>359</sup> ».

En outre, les progrès techniques accomplis dans le domaine de l'information ont fait comprendre aux pays en développement l'importance de l'écart technologique qui les séparait des pays développés. Ainsi, pour eux, le recours à l'investissement direct étranger est apparu comme la seule alternative efficace. Ils se sont alors engagés dans des programmes de privatisation, grâce auxquels des capitaux étrangers rentrèrent sur le marché national : « la réussite de pays ouverts à l'investissement étranger avaient renforcé le doute sur la

---

<sup>358</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.152

<sup>359</sup> CHESNAIS F. – op.cit.p.42

viabilité des différentes mesures restrictives que comportaient les Codes d'investissement<sup>360</sup> ».

Du côté des pays développés, à la fin des années 80, il n'y avait pratiquement plus de restrictions à la sortie des capitaux. Pour les capitaux à l'entrée, les demandes d'autorisations ont été remplacées par des procédures de vérification très formelles. Aussi, beaucoup de restrictions sectorielles ont été fortement réduites, voire éliminées, sinon rendues plus claires et transparentes.

Toutefois, force est de constater certaines contradictions dans la tendance générale de libéralisation. Il s'agit de l'apparition « des clauses de réciprocité », notamment dans le secteur des services. De même, les restrictions relevant de la sécurité nationale, de l'ordre public et de la préservation de l'identité culturelle ont-elles été maintenues, « quand elles n'ont pas été renforcées ou qu'elles n'ont pas vu leur champ d'application s'étendre<sup>361</sup> ». Par la suite, l'établissement d'accords bilatéraux, régionaux ou même sectoriels sur l'investissement, ainsi que des mesures visant à favoriser les entreprises nationales, ont été l'occasion de maintenir ou d'introduire de nouvelles contraintes.

Avec les années 90 le mouvement de libéralisation s'est poursuivi aussi bien dans les pays développés, qu'en développement, dans le même esprit, favorable aux investissements directs étrangers. Cependant, cette convergence d'attitude des Etats traduit l'affaiblissement de leur capacité de régulation de l'économie nationale. Les gouvernements disposent de moins en moins de possibilités d'influer sur le choix de localisation des entreprises. Quant aux entreprises, leur intérêt fondamental est la maximisation du profit, et dans cet esprit, elles analysent scrupuleusement les avantages offerts selon l'implantation : « la levée des barrières protectionnistes fait

---

<sup>360</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.152

<sup>361</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.155

disparaître les rentes de situation, alors que la compétitivité mondiale est devenue un impératif pour toutes les firmes<sup>362</sup> ».

Les lois concernant spécifiquement les investissements directs étrangers présentent une grande importance pour les investisseurs et semblent influencer leurs décisions<sup>363</sup>. Mais la réglementation d'un pays inclut aussi toutes les autres règles concernant l'activité commerciale dans sa globalité, et de ce point de vue, le droit des investissements n'est qu'une partie d'un ensemble. Ainsi, c'est le système juridique dans sa totalité qui exerce une influence directe sur les choix des investisseurs<sup>364</sup>. Lors du processus de négociation avec les administrations des pays d'accueil, les entreprises disposent d'informations abondantes, dans la mesure où elles sont aussi renseignées sur les conditions offertes par d'autres pays.

Afin de porter un jugement approprié sur leur futur emplacement à l'international, les entreprises réalisent une analyse d'ensemble du système juridique des pays susceptibles de faire l'objet d'une implantation. Pour cette raison, l'attention portée aux lois commerciales d'un pays, aux lois concernant la propriété, les entreprises ou le travail, de même qu'à la procédure civile ou au droit pénal, ainsi qu'à l'organisation de la fonction publique, est de leur part tout aussi importante que celle accordée à la réglementation des investissements. C'est tout un environnement légal de l'activité économique qui est ainsi considéré<sup>365</sup>.

En général, il existe une grande variété de lois nationales, en raison des différences dans les traditions, les approches et les politiques nationales. Mais, il y a également des similitudes et des éléments

---

<sup>362</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.156

<sup>363</sup> CHAN S. – *Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy*, McMillan Press Ltd., London, 1995, p.22

<sup>364</sup> OMAN Ch. – *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de Développement de l'OCDE, Paris, 2000

<sup>365</sup> CNUCED – op.cit.p.38

communs entre les systèmes légaux, notamment en ce qui concerne les investissements directs étrangers, arrivant parfois à une uniformité des points de vue sur des sujets spécifiques.

En même temps, le système juridique de chaque pays est territorialement limité et ne peut réglementer de ce fait qu'une partie des politiques et des opérations des entreprises multinationales, de la même façon qu'il ne peut réglementer la dimension mondiale du commerce international. Il a pu être ainsi affirmé que l'une des raisons d'être des entreprises multinationales est le fait que « les normes nationales souvent très restrictives, particulières et protectionnistes sont plus faciles à gérer à travers d'un système d'entreprise mondiale, avec des filiales nationales, plutôt qu'à travers de transactions commerciales individuelles<sup>366</sup> ».

Dans ce contexte, même si le nombre et l'importance des normes internationales continuent à augmenter, leur interaction avec le droit national reste très active<sup>367</sup>. Ainsi, une très grande partie de la réglementation juridique internationale concernant les investissements directs étrangers, se compose de règles « qui font référence à des principes et des règles nationales, et qui, en particulier, déterminent des limites à l'action de l'Etat<sup>368</sup> ». C'est pour cette raison que les politiques et les lois nationales constituent la référence du cadre juridique international pour les investissements directs étrangers. Tous les pays de la planète sont en concurrence pour attirer les investisseurs étrangers et les entreprises. L'attractivité des territoires se conjugue ainsi avec des instruments législatifs, exécutifs et fiscaux<sup>369</sup>. Au niveau international, chaque décision nationale prise par un Etat se répercute sur les marchés mondiaux et influence ainsi les décisions de localisation des entreprises.

---

<sup>366</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.53

<sup>367</sup> HAAPARANTA P. – op.cit.p.143

<sup>368</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.38

<sup>369</sup> OMAN Ch. – op.cit.p.14



Généralement, les politiques d'attractivité conçues par les Etats comportent deux aspects. Le premier poursuit le mouvement de libéralisation des différents dispositifs de contrôle, dans un environnement légal, réglementaire et institutionnel. Le second a pour but d'améliorer l'environnement économique national pour toutes les entreprises, sans aucune discrimination. A ce niveau, « l'action de l'Etat est devenue primordiale, notamment pour pallier les insuffisances de marché en prenant à sa charge un certain nombre d'externalités, comme des réseaux efficaces d'infrastructures et un niveau élevé et adapté d'éducation générale et de formation professionnelle. Il n'y a pas dépérissement de l'action économique de l'Etat, mais rénovation de celle-ci<sup>370</sup> ».

De leur côté, les pays en développement ont adopté une attitude similaire : « la logique du développement autocentré a été ainsi remplacée par l'ouverture économique et l'intégration au système mondial<sup>371</sup> ». D'une manière générale, ces Etats mobilisent des ressources considérables pour faire bénéficier leurs systèmes productifs nationaux des transferts de technologies appropriés, de l'assistance aux fournisseurs locaux et du développement des exportations effectuées par les filiales étrangères.

Une politique en faveur des investissements est nécessaire aussi bien dans l'Etat d'origine que dans l'Etat d'accueil. En effet, « l'Etat d'origine doit soutenir ses entreprises multinationales en concurrence avec les investisseurs d'autres pays, tandis que les Etats d'accueil doivent offrir des conditions d'investissement attractives de façon à pouvoir faire face à la concurrence provenant d'autres Etats d'accueil<sup>372</sup> ». Mais dans un monde libéralisé, les pouvoirs publics interviennent avec beaucoup plus de prudence. Ils essaient d'éviter de nouvelles mesures réglementaires ou fiscales afin de ne pas faire fuir à

---

<sup>370</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.158

<sup>371</sup> MASSMANN O. – op.cit.p.4

<sup>372</sup> WÄLDE W.T. – op.cit.p.25

l'étranger leurs propres entreprises et pour ne pas aggraver la situation économique de ces dernières.

L'exercice de l'attractivité par les pays est allé au-delà d'une simple offre d'incitations à l'investissement étranger, comme les aménagements fiscaux et les subventions diverses<sup>373</sup>. De véritables stratégies de marketing ont été mobilisées pour informer les investisseurs sur les potentialités d'un territoire et pour les persuader d'y établir leurs opérations, et aussi pour solliciter des groupes potentiels d'investisseurs étrangers à travers des contacts personnels et directs<sup>374</sup>. La logique de la globalisation a élargi l'espace de la concurrence pour une attractivité optimale entre les Etats, les régions et mêmes les métropoles de tous les pays du monde.

Bien que les politiques des Etats à l'égard des investissements soient justifiées par « l'intérêt national », il ne faut pas perdre de vue que souvent les gouvernements font l'objet de pressions de la part de groupes de sociétés défendant des intérêts et des valeurs spécifiques : « de tels intérêts peuvent être fondés sur un contrôle « définitif » des instances gouvernementales par des lobbies professionnels spécifiques, ou par l'influence des syndicats de travailleurs sur l'électorat ou par la capacité des nouvelles ONG spécialisées dans la défense et la promotion de valeurs contemporaines à mobiliser l'opinion publique en faveur de questions faisant naître la sympathie ou l'angoisse du public<sup>375</sup> ». Ces pressions ne font que dissimuler des intérêts particuliers sous le concept universel d'« intérêt national ».

Néanmoins, l'émergence des entreprises multinationales originaires de pays en développement ou en transition a entraîné des changements dans les politiques de ces Etats. Ces changements se

---

<sup>373</sup> OMAN C. – op.cit.p.31

<sup>374</sup> DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – op.cit.p.159

<sup>375</sup> WÄLDE W.T. – op.cit p.25

manifestent autant pour aider leurs entreprises à investir à l'étranger, que pour attirer chez eux des investissements en provenance du Sud.

On peut conclure que, face à l'extension continue des entreprises multinationales, les Etats ont été conduits imperceptiblement à accepter une modification de l'exercice de leur pouvoir de contrôle. Ils doivent tenir compte des contraintes de fonctionnement des industries mondialisées lorsqu'ils élaborent et appliquent leur politique économique, notamment en matière d'investissements directs étrangers. Qu'ils soient la source ou la destination des investissements étrangers, les Etats doivent assurer à ceux-ci un environnement juridique et institutionnel adéquat, afin de bénéficier pleinement de leurs retombées potentielles.

## ***CHAPITRE SECOND – LA CONTRIBUTION DES TRAITÉS BILATÉRAUX À L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DES INVESTISSEMENTS***

Les traités bilatéraux d'investissements (TBI) ou les conventions bilatérales constituent un cadre juridique de référence et leur prolifération dans les cinquante dernières années est le phénomène le plus marquant dans l'évolution du droit international des investissements. La principale caractéristique des TBI est « qu'ils concernent exclusivement l'investissement<sup>1</sup> ».

Généralement, par la conclusion des traités bilatéraux les pays d'accueil et le pays d'origine ciblent des objectifs différents à atteindre, comme nous l'avons déjà précisé plus haut. Pour les pays d'origine, qui sont dans la plupart des cas des pays développés, il s'agit d'un mécanisme pour assurer la protection de leurs investissements dans les pays en développement, tandis que les pays en développement y voient le moyen d'attirer les investissements directs étrangers, avec toutes les retombées économiques favorables à leur développement. Contrairement aux instruments contraignants existants « les accords bilatéraux de promotion de l'investissement direct étranger ont uniquement pour objet de réglementer les investissements<sup>2</sup> ».

Les traités bilatéraux sont symétriques, dans le sens où ils établissent des droits et des obligations identiques pour les deux parties<sup>3</sup>. La conclusion de ces traités qui lient les engagements unilatéraux des Etats représente l'internationalisation de ces engagements, car « un accord international est jugé offrir de normes de protection meilleures et plus fiables que le seul droit national, celui-ci

---

<sup>1</sup> CNUCED – « Problèmes et questions concernant les accords bilatéraux d'investissements », dans *Report of the Expert Meeting on Existing Agreements on Investment and their Development Dimensions*, Genève, 1997b, p.9

<sup>2</sup> OMC – *Rapport annuel: Commerce et Investissements directs étrangers*, 1996, p.73

<sup>3</sup> CNUCED – *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Genève, 1999, p.7

pouvant être modifié unilatéralement<sup>4</sup> ». Ainsi le traité bilatéral est « un accord conclu entre deux Etats souverains, le plus souvent entre un Etat exportateur de capital et un Etat importateur de capital. Cet accord trace à cet effet un cadre juridique de portée générale qui définit publiquement et solennellement un ensemble équilibré de droits et de devoirs pour chacune des parties contractantes. Ce cadre général se ramène dans tous les cas au célèbre triptyque : traitement, protection et garantie des investissements<sup>5</sup> ».

Après une vue succincte de l'évolution des traités bilatéraux dès l'origine jusqu'à nos jours (I), on procédera à l'analyse des principales dispositions des traités bilatéraux (II) qui nous permettra de mettre en relief les principaux aspects qui ont contribué à l'internationalisation du droit des investissements.

## **SECTION I - L'évolution des traités bilatéraux dans le temps**

Les traités bilatéraux d'investissements ne sont pas les premiers traités bilatéraux pour assurer la protection des investissements étrangers.

A partir de la fin de 18ème siècle, les Etats-Unis et, dans une moindre mesure, le Japon et quelques autres pays de l'Europe occidentale, ont conclus une série de traités, connue sous le nom de « Traités d'amitié, de commerce et de navigation » (FCN), ou de « Traités d'établissement » ou encore de « Traités d'amitié et de commerce ». Ils prévoyaient différentes clauses sur la protection de la propriété, et plus particulièrement des restrictions sur le droit d'expropriation du pays d'accueil.

---

<sup>4</sup> CNUCED – *Report of the Expert Meeting on Existing Agreements on Investment and their Development Dimensions*, Genève, 1997b, p.8

<sup>5</sup> JUIILLARD P. – « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », JDI, 1979, p.275

Les principales différences observées entre les Traités d'Amitié (FCN) et les Traités bilatéraux d'investissements pourraient être partagées en deux grandes catégories :

- Les traités d'amitié faisaient référence à de nombreux domaines, autres que les investissements, comme par exemple le commerce, les relations consulaires et maritimes ;
- En général les traités d'investissements ont été conclus principalement entre les pays développés et en développement, tandis que les traités d'amitié étaient aussi conclus et entre pays développés, comme par exemple entre les Etats-Unis et des pays d'Europe<sup>6</sup>.

Un nombre significatif de ces traités d'amitié demeure encore en vigueur. Avec les pays en développement, les Etats-Unis ont conclu un peu plus de 30 traités d'amitié, bien que la plupart d'entre eux n'aient jamais eu d'effet, comme en témoigner la large bibliographie qui leur a été consacrée au cours des années 1950<sup>7</sup>.

Après la Seconde Guerre mondiale, avec la mise en place du système commercial multilatéral sous les auspices de l'Accord général pour les tarifs et le de commerce (GATT), les accords commerciaux bilatéraux ont perdu de l'importance et leur objectif majeur était la protection des investissements. En outre, les Etats-Unis ont commencé à mettre en œuvre à cette époque un programme d'assurance contre les risques politiques, qui faisait partie du plan Marshall d'assistance à l'Europe.

Pendant les décennies suivantes, d'autres pays ont développé des programmes similaires pour assurer l'investissement dans les pays en développement. Dans le cadre de ces programmes, les pays d'origine

---

<sup>6</sup> FATOUROS A. – « International law and the internationalized contract », *American Journal of International Law*, 1980, vol.74, p.136

<sup>7</sup> WILSON R. – « Post-war commercial treaties of the United States », *American Journal of International Law*, 1949, vol.43, p.265; WALKER H. – « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, 1958, vol.42, p.805-824

assuraient les investissements de leurs nationaux à l'étranger contre certains risques non commerciaux, tels que l'expropriation ou les restrictions de transfert des devises<sup>8</sup>. Certains pays, notamment les Etats-Unis, ont initié aussi une série d'accords de garantie d'investissements en vue de faciliter l'exécution de leurs programmes d'assurance contre les risques politiques<sup>9</sup>.

Les premiers accords en ce sens ont été conclus en 1959. La République Fédérale d'Allemagne a été le pays qui a négocié les deux premiers traités bilatéraux d'investissements avec le Pakistan et la République Dominicaine, suivie aussitôt, pendant *les années 1960*, dans l'ordre chronologique, par la France, la Suisse, la Hollande, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg, la Suède, le Danemark, et la Norvège<sup>10</sup>.

Dans les traités bilatéraux d'investissements conclus par les pays d'Europe pendant les premières années de la décennie ont été incluses plusieurs des dispositions qui apparaissaient dans les traités d'amitié et les accords pour la garantie des investissements. À la différence des ceux derniers, cependant, ils étaient entièrement ciblés sur la protection de l'investissement<sup>11</sup>. La plupart des premiers traités bilatéraux d'investissements a été conclue entre les pays de l'Europe de l'Ouest et les pays d'Afrique. Ainsi, 26 pays africains ont conclu des traités bilatéraux d'investissements dans les années 60, et seulement 10 pays asiatiques durant la même période. Les pays latino-américains, adhérant à la doctrine Calvo, étaient plus réservés, avec seulement deux pays concluant des traités bilatéraux d'investissements dans les années 60. Le nombre total des traités bilatéraux d'investissements

---

<sup>8</sup> FATOUROS A. – *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, 1962

<sup>9</sup> WALKER H. – « Treaties for the encouragement and protection of foreign investment: present United States practice », *American Journal of Comparative Law*, 1956, vol.5, p.231

<sup>10</sup> UNCTC-International Chamber of Commerce – *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, United Nations Publications, 1992

<sup>11</sup> VOSS J. – « The Protection and promotion of European private investment in developing countries : an approach towards a concept for an European policy on foreign investments », *Common Market Law Review*, 1981, vol.18 p.364

signés entre 1959 et 1969 a été de 75, dont 72 conclus par les pays développés<sup>12</sup>.

La négociation des traités bilatéraux d'investissements a connu une nouvelle impulsion dans *les années 1970*. Comme déjà mentionné, pendant cette période, les pays en développement militaient activement pour la promotion des instruments multilatéraux relatifs aux investissements, en relation directe avec le concept du « nouvel ordre économique international », en accentuant la nécessité du contrôle des entreprises multinationales par les pays d'accueil. Cela ne les a pas empêchés de conclure des traités bilatéraux d'investissements, dont beaucoup contenaient des clauses énonçant des principes auxquels ils se sont opposés dans les forums multilatéraux, comme c'était le cas pour les normes relatives à la compensation des expropriations<sup>13</sup>.

En d'autres termes, les pays en développement manifestaient contre certains principes et normes lorsque ceux-ci étaient promus comme normes du droit international général, mais d'un point de vue pragmatique, en vue d'attirer les investissements directs étrangers, ils étaient prêts à accepter les mêmes normes en tant que *lex specialis* dans le contexte des relations bilatérales spéciales créées par les traités bilatéraux d'investissements<sup>14</sup>.

Parmi les pays développés, l'Autriche, Israël, le Japon et le Royaume-Uni ont signé leurs premiers traités bilatéraux d'investissements pendant les années 1970<sup>15</sup>.

Les premiers pays en développement ayant conclu leurs premiers traités bilatéraux d'investissements pendant cette décennie étaient Haïti, la Jordanie, le Kenya, le Mali, Singapour et le Yémen. Dans les autres régions du globe, en Europe centrale et orientale, quelques pays

---

<sup>12</sup> CNUCED – base des données sur les TBI

<sup>13</sup> FOIGHEL I. – *Nationalization and Compensation*, Stevens Publisher, London, 1964

<sup>14</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.9

<sup>15</sup> UNCTC-International Chamber of Commerce – op.cit.p.19



comme la Roumanie et la Yougoslavie, ont signé leur premier traité bilatéral d'investissement à la même époque<sup>16</sup>.

Jusqu'au début des *années 1980*, les pays en développement comptaient fortement sur les prêts externes pour financer leurs besoins de développement. Mais le début de la crise de la dette et la diminution marquée des crédits alloués par les banques commerciales ont fait émerger une autre option pour le financement de leur développement qui consistait à attirer et à retenir les investissements étrangers sur leur territoire<sup>17</sup>.

En même temps, les expériences des différents pays ont amené un nombre croissant de pays en développement à reconnaître les effets positifs des investissements directs étrangers pour le développement. En conséquence, nombre d'entre eux qui n'avaient pas conclu des traités bilatéraux d'investissements auparavant, comme le Bangladesh, la Chine, le Ghana, la Guyane, ont adopté cette pratique pour attirer les investissements directs étrangers. La Chine a conclu son premier traité bilatéral pour les investissements en 1982 et a poursuivi une pratique assidue en la matière, en signant 25 traités vers la fin des années 1980<sup>18</sup>.

Le nombre total des traités signés vers la fin des années 80 a grimpé de 167, à un total de 386, avec 322 traités signés par les pays développés<sup>19</sup>.

La plupart des pays l'Amérique latine n'avait pas été traditionnellement impliquée dans la conclusion des traités bilatéraux d'investissements. Comme nous l'avons remarqué précédemment, cette

---

<sup>16</sup> UNCTC-International Chamber of Commerce – op.cit.p.22

<sup>17</sup> FATOUROS A. (1962) – op.cit.p.31

<sup>18</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.9

<sup>19</sup> CNUCED – base des données sur les TBI

situation était due principalement à la doctrine Calvo appliquée par ces pays pour le traitement des investissements directs étrangers<sup>20</sup>.

D'autre part, les Etats-Unis - la source principale d'investissements directs étrangers de la région - ont signé des accords de garantie avec la plupart des pays l'Amérique latine, comme un complément à l'assurance contre les risques politiques, accordés par la Corporation privée d'investissements outre-mer (Overseas Private Investment Corporation)<sup>21</sup>. Avec le temps, les pays de la région ont modéré leur opposition aux traités bilatéraux d'investissements. En fait, depuis les années 80, les pays de l'Amérique latine ont activement poursuivi des négociations en vue de conclure des traités bilatéraux d'investissements également conçus comme mécanisme d'attraction des investissements directs étrangers<sup>22</sup>.

Comme il a été mentionné ci-dessus, au début les traités bilatéraux d'investissements ont été conclus principalement entre les pays développés et les pays en développement. D'une manière générale, le pays développé préparait un traité type qu'il proposait par la suite dans les négociations avec différents pays en développement. En outre, un pays préparant un traité type bâtissait souvent le texte sur des modèles déjà utilisés par d'autres pays. Ainsi, ces modèles ont-ils tracé la voie au projet de 1967 de « Convention pour la protection de la propriété étrangère », qui a été préparée et adoptée par l'OCDE mais qui n'a jamais été ouverte à la signature <sup>23</sup>.

En conséquence, les modèles préparés par les pays développés étaient souvent tout à fait semblables voir identiques sous plusieurs aspects. Cependant, il y avait des différences fondamentales entre, par

---

<sup>20</sup> Organization of American States (OAS) - *Investment Agreements in the Western Hemisphere : A Compendium*, Washington, 1997, p.15

<sup>21</sup> VANDEVELDE K. - *United States Investment treaties: Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992, p.12

<sup>22</sup> OAS - op.cit.p.15

<sup>23</sup> OCDE - *Council Resolution of 12 October 1967 on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, International Legal Materials, vol7, p.119

exemple, le modèle de traité des Etats-Unis et celui des pays européens, surtout en ce qui concerne des éléments tels que l'admission de l'investissement, l'obligation de résultats, et le recrutement du personnel de base. Les pays en développement ont également élaboré leurs propres modèles, les meilleurs exemples étant ceux qui ont été développés par le Chili, la Chine, auxquels il convient d'ajouter les trois modèles proposés par le Comité Légal Consultatif Afrique-Asie (AALCC modèle A, B et C)<sup>24</sup>.

Pendant les années 1990 le nombre des traités bilatéraux d'investissements a augmenté considérablement. Vers la fin de l'année 1996 il y avait un total de 1.332 traités, parmi lesquels 824 étaient des traités conclus par les pays développés avec d'autres pays. On constate donc une augmentation marquée par rapport aux 322 traités conclus jusqu'à la fin des années 80.

Le nombre des traités bilatéraux d'investissements conclus entre les pays en développement et les économies en transition a également augmenté pendant les années 90, de 64 traités signés à la fin des années 80, à 508 à la fin de l'année 1996<sup>25</sup>. Depuis la fin des années 1980, les pays en transition, y compris ceux qui ont émergé en tant qu'Etats indépendants après la dissolution de l'Union Soviétique, ont également rapidement étendu leur réseau de traités bilatéraux d'investissements avec les pays développés. Actuellement 162 pays et territoires de toutes les régions ont conclu au moins un traité bilatéral d'investissement<sup>26</sup>.

Un autre phénomène intéressant dans la pratique des années 1990, réside dans le nombre croissant des traités bilatéraux d'investissements conclus entre pays en développement, et habituellement entre les pays d'une même région. On assiste à un

---

<sup>24</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.10

<sup>25</sup> CNUCED – Base des données sur les TBIs

<sup>26</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.10

changement de statut de certains pays, jusque là exclusivement pays fournisseurs d'investissements, devenant pays d'accueil, l'inverse pouvant également se constater<sup>27</sup>.

La large utilisation pendant ces dernières années des traités bilatéraux d'investissements entre les pays de toutes les régions du monde a été stimulée par des nombreux facteurs. Le mouvement vers l'économie de marché dans les pays autrefois socialistes de l'Europe centrale et de l'Est, a contribué à souligner l'importance du développement du secteur privé pour la croissance et le développement économique d'un pays.

Les diminutions des aides extérieures ont mis l'accent sur la nécessité de créer des conditions favorables pour attirer l'investissement privé dans les pays en développement. Ces derniers ont commencé également à identifier les investissements directs étrangers comme une source de croissance économique, de nouvelles technologies, d'accès aux nouveaux marchés, et ils ont pris des mesures pour attirer les investisseurs<sup>28</sup>. Aujourd'hui, pratiquement tous les pays reconnaissent l'importance des investissements directs étrangers et ils sont fréquemment en concurrence pour attirer des projets d'investissements.

Tous ces facteurs conduisent à conclure que les pays développés et pays en développement, ainsi que ceux qui sont en transition, ont un intérêt commun pour garantir la protection légale des investissements directs étrangers. En d'autres termes, les différences idéologiques ont été gommées au profit d'attitudes encore plus pragmatiques<sup>29</sup>.

Dans ce contexte, les arguments antérieurs selon lesquels les traités bilatéraux d'investissements étaient favorables uniquement aux

---

<sup>27</sup> OCDE – *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries*, Paris, 1985, p.11

<sup>28</sup> OCDE (1985) – op.cit.p.13

<sup>29</sup> SORNARAJAH M. – *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994

pays exportateurs de capital, devenaient moins prégnants, et les pays en développement ont réalisé des efforts considérables en vue de créer des conditions favorables pour attirer les investissements directs étrangers<sup>30</sup>.

La période des années 90 recèle, selon les statistiques CNUCED, quelques éléments significatifs en matière de traités bilatéraux d'investissements:

- Le plus grand nombre de traités a été conclu par les pays de l'Europe de l'Ouest, reflétant leur statut traditionnel de pays exportateurs de capital ;
- Parmi ces pays, l'Allemagne est le pays qui a conclu le plus de traités, suivi par le Royaume-Uni et la Suisse ;
- L'Afrique a été une des régions en développement les plus actives du monde en la matière;
- Le Japon, malgré l'importance de son investissement extérieur dans les pays asiatiques développés ou en développement, a conclu seulement 4 traités jusqu'en 1996 ;
- Les Etats-Unis, le plus grand investisseur extérieur, se situe très loin dans le classement, avec seulement 39 traités conclus ;
- Parmi les pays importateurs de capital, la Roumanie occupe la première place au regard du nombre de traités conclus, après l'Allemagne et le Royaume-Uni, et avant la Suisse, avec 82 traités. Elle est suivie par la Chine (80 traités) et la Pologne (58 traités) ;
- Les pays africains continuent à conclure des traités, mais dans un rythme plus lent que dans les décennies précédentes. Jusqu'en 1996, environ 45 pays d'Afrique avaient au moins un traité. Sur le continent ils ont conclu 284 traités, dont 17 entre les pays de la région.
- Un nombre important des pays en développement de l'Asie du Sud, du Sud-Est et du Pacifique ne sont devenus que récemment plus

---

<sup>30</sup> UNCTC – *Government Policies and Foreign Investment*, United Nations Publications, 1991

actifs pour conclure des traités bilatéraux d'investissements<sup>31</sup>. Des pays comme la Cambodge et l'Inde ont commencé seulement dans les années 1990 à signer de tels traités. Actuellement, environ 33 pays de la région ont conclu un total de 567 traités. Les traités bilatéraux d'investissements entre les pays de la région sont également en augmentation, avec 74 traités conclus jusqu'ici ;

- Les pays en développement de l'Asie occidentale ont commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissements très tôt, au début des années 60 et ont continué pendant les décennies suivantes, mais pas en grand nombre ;

- Les pays arabes sont signataires d'un nombre important d'accords régionaux pour la protection et la promotion de l'investissement entre pays de la région, dont certains sont d'importants exportateurs de capital. Toutefois ces pays ont aussi signé des traités bilatéraux d'investissements avec d'autres pays en développement de la région et de l'Afrique du nord ;

- Les pays de l'Amérique latine sont de plus en plus nombreux à signer des traités bilatéraux d'investissements depuis les années 1990. Actuellement, 21 d'entre eux ont conclu au moins un traité, et l'ensemble de la région totalise 264 traités ;

- La plupart des pays des Caraïbes sont devenus actifs dans les négociations des traités bilatéraux d'investissements seulement depuis les années 80, malgré le fait que le premier traité a été signé par la République Dominicaine avec l'Allemagne en 1959. Au total, 34 traités ont signés;

- Depuis la fin des années 1980 et le début des années 1990, les pays de l'Europe centrale et orientale ont commencé, en grand nombre, à conclure des traités bilatéraux d'investissements avec les pays développés. Jusqu'en 1996, tous les pays en transition avaient conclu 669 traités, dont 104 entre eux, et 205 avec des pays en développement<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> UNCTC-International Chamber of Commerce – *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, United Nations Publications, 1992

<sup>32</sup> CNUCED (1999) - op.cit.p.10-19

En conséquence, il résulte que, tout en laissant de côté les investissements entre les pays membres de l'OCDE, une partie substantielle des flux n'est pas couverte par des traités bilatéraux d'investissements. Par exemple, bien que les Etats-Unis soient un investisseur important en Chine, jusqu'à présent il n'y existe aucun traité bilatéral d'investissement signé entre ces deux pays.

Ainsi, « on assiste à une généralisation de la signature des traits bilatéraux dans toutes les régions du monde »<sup>33</sup>, mais malgré l'augmentation rapide du nombre des traités conclus, le réseau des traités bilatéraux entre les pays des toutes les régions du monde est loin de d'être complet. D'après les estimations de la CNUCED, « si chaque pays ou économie du monde concluait un traité bilatéral avec chaque autre pays, le nombre des traités serait d'environ 20.000<sup>34</sup> ».

Cependant, il faut différencier les pays à grands réseaux de ceux qui n'en ont pas, et aussi distinguer les pays jouissant d'un très haut degré de protection et de libéralisation des investissements, malgré un nombre réduit d'accords signés<sup>35</sup>.

Toutefois, tous les pays à grands réseaux n'ont pas un degré exceptionnel de libéralisation et de protection des investissements, contrairement aux Etats-Unis qui est l'un des rares pays à avoir « un modèle de convention assurant à ses ressortissants une liberté totale<sup>36</sup> ».

---

<sup>33</sup> CNUCED (1997b) – op.cit.p.6

<sup>34</sup> CNUCED – *International Investment Agreements: A Compendium*, vol.II, 1996

<sup>35</sup> L'Allemagne (99), la Grande-Bretagne (85), la Suisse (74), la Roumanie (74), la France (73), la Chine (72) sont des pays à grands réseaux.

<sup>36</sup> VANDEVELDE K. – *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992, p.9

## **SECTION II - Les dispositions principales des traités bilatéraux d'investissements**

Les principales dispositions analysées concernent : l'accueil des investissements (A), le traitement (B), la protection et la garantie des investissements (C), ainsi que le règlement des différends (D).

### **A. L'accueil des investissements**

Tous les traités bilatéraux d'investissements couvrent en général les mêmes aspects, qui sont peu nombreux. Leurs principales clauses précisent les obligations du pays d'accueil envers les investisseurs de l'autre partie signataire du traité, mais les traités couvrent également, directement ou indirectement, d'autres aspects spécifiques des relations entre les pays d'accueil et les pays d'origine impliqués.

En ce qui concerne l'accueil des investissements, les principales dispositions retrouvées dans la grande majorité des traités sont : le titre et le préambule (1), le champ d'application (2), et l'admission et la promotion des investissements (3).

#### **1. Le titre et le préambule**

Cette disposition est très importante. Elle est intégrée dans le contexte d'un traité et elle reflète son objectif, et malgré le fait qu'elle ne crée pas directement des droits et obligations, elle pourrait constituer un argument supplémentaire pour l'interprétation d'un traité.

L'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne de 1969, sur le droit des traités prévoit qu'« (un) traité devrait être interprété de bonne foi conformément à la signification usuelle de ses termes, dans



leur contexte et dans l'esprit de son but et objectif ». La convention mentionne également que « le contexte pour l'interprétation d'un traité devrait comprendre, en plus du texte, son préambule... »<sup>37</sup>.

Bien qu'il ne soit pas spécifiquement mentionné, le titre d'un traité devrait également être considéré comme une partie de son contenu et considéré en conséquence, comme donnant une indication sur les objectifs du traité en question. Parmi les premiers traités conclus, certains mentionnent dans leur titre qu'ils sont des traités pour la protection de l'investissement étranger<sup>38</sup>. Toutefois, dans la pratique universelle récente le titre fait référence à la protection, mais aussi, à la promotion des investissements<sup>39</sup>.

Les pays en développement désireux d'attirer les investissements directs étrangers, considèrent qu'une formulation qui exprime à la fois la protection et l'encouragement serait plus avantageuse, puisque cette formulation pourrait être interprétée comme exprimant l'intention de chaque pays - et particulièrement des pays exportateurs de capital - d'encourager ses ressortissants à investir dans l'autre pays<sup>40</sup>.

D'autre part, l'emploi du terme « encouragement » dans le titre pourrait également être interprété pour signifier que chaque pays doit encourager les ressortissants de l'autre pays à investir sur son territoire. Dans ce cas, cela pourrait constituer une base de discussion pour argumenter que le titre du traité témoigne de l'intention du pays d'accueil d'agir pour encourager les investissements de l'autre pays, et en même temps, un argument que les investisseurs étrangers

---

<sup>37</sup> United Nations –Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations Treaty Series, 1987, vol.1155, p.331-353

<sup>38</sup> C'est le cas, par exemple, du traité bilatéral entre la Suède et l'Egypte, qui porté le titre : « L'accord entre le gouvernement de la Suède et le gouvernement de la République Arabe de l'Egypte sur la protection mutuelle des investissements ».

<sup>39</sup> Un exemple typique le constitue « L'accord entre le Japon et la République de Sri Lanka concernant la promotion et la protection de l'investissement ».

<sup>40</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.30

pourraient invoquer, par exemple, pour éviter ou adoucir les procédures de sélection d'investissement employées par le pays d'accueil<sup>41</sup>.

Les titres des traités bilatéraux d'investissements prévoient très souvent le terme « réciproque » ou « mutuel »<sup>42</sup>, ce qui atteste leur nature formelle réciproque, et le fait qu'ils accordent des droits et des obligations identiques aux deux parties signataires du traité. Cependant, ces termes peuvent suggérer que les deux parties signataires attendent obtenir des bénéfices du traité, et que des deux côtés, les bénéfices devraient être à peu près identiques.

Le préambule d'un traité bilatéral d'investissements est en général bref, comportant seulement trois ou quatre paragraphes. Ces paragraphes présentent habituellement les mêmes objectifs, qui concernent :

- l'accroissement de la coopération économique,
- la promotion de l'investissement privé (qui est parfois lié explicitement à la prospérité économique), et
- la protection de l'investissement<sup>43</sup>.

Selon CNUCED, un exemple significatif est constitué par le préambule du traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis :

« Les gouvernements de....

Désireux de créer des conditions favorables pour une plus grande coopération économique entre eux et en particulier pour les investissements des investisseurs d'un Etat contractant sur le territoire de l'autre Etat contractant;

Reconnaissant la nécessité de protéger les investissements par les Etats contractants et par les personnes physiques et juridiques des Etats contractants et de stimuler les flux des investissements et

---

<sup>41</sup> DOLZER R. ; STEVENS M. – *Bilateral Investment Treaties*, The Hague: Kluwer Publisher, 1995

<sup>42</sup> Par exemple : traité pour « l'encouragement réciproque et la protection des investissements »

<sup>43</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.30

l'initiative individuelle en matière de création d'entreprises, pour la prospérité économique des Etats contractants; [...]»<sup>44</sup>.

Parfois, il existe des différences importantes constatées dans les termes du préambule. Pour en donner quelques exemples, on mentionnera le modèle de traité élaboré en 1979 par la Suisse, qui fait référence à la « coopération économique basée sur le droit international », tout en réaffirmant le droit du pays d'accueil à définir les conditions pour l'admission d'un investissement. Il fait aussi référence à la coopération entre les entreprises privées et publiques des deux pays<sup>45</sup>. En outre, les modèles préparés par le Comité Légal Consultatif des pays d'Afrique et d'Asie (AALCC) font mention de promouvoir « une plus large coopération entre les pays de la région Afrique-Asie pour accélérer leur croissance économique et pour encourager les investissements des pays en développement dans d'autres pays en développement<sup>46</sup> ».

Un autre exemple sur les différences dans le langage du préambule, apparaît dans le traité bilatéral de 1992 entre l'Argentine et les Pays-Bas, où les parties reconnaissent que « l'accord sur le traitement octroyé à l'investissement stimulera les flux de capital et de technologies, et leur développement économique », comme suit :

« Le gouvernement de....

Et

Le gouvernement de....

En désirant renforcer les liens traditionnels d'amitié entre leurs pays, pour développer et intensifier leurs relations économiques, en particulier en ce qui concerne les investissements des investisseurs

---

<sup>44</sup> Traité bilatéral d'investissement entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis 1991

<sup>45</sup> HUU-TRU N. – « Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements », *Revue Générale du Droit International Public*, vol.92, p.577-623

<sup>46</sup> CNUCED (1996) - vol.III, annexe B

d'une partie contractante dans le territoire de l'autre partie contractante.

En reconnaissant que l'accord sur le traitement à accorder à de tels investissements stimulera les flux de capital, de technologie et le développement économique des parties contractantes, pour cela, un traitement juste et équitable des investissements est souhaitable, [...]»<sup>47</sup>.

Pour les pays en développement il est très important d'identifier le développement économique dans les objectifs du traité<sup>48</sup>. Une telle identification les aiderait à s'assurer que les différentes clauses individuelles d'un traité bilatéral seront interprétées de manière à soutenir leur croissance et développement, ou au moins dans le sens à ne pas les empêcher. Ainsi, le préambule, associé aux autres clauses du traité, pourrait fournir un argument pour encourager les ressortissants d'un pays à investir dans un pays en développement, et plus particulièrement, dans les domaines où ce pays souhaiterait les attirer dans le cadre de sa stratégie de développement.

## 2. Le champ d'application

La détermination du champ d'application d'un traité permet de mieux appréhender les définitions des principaux termes employés dans le traité en question.

L'objectif des définitions contenues dans les instruments juridiques est de déterminer les conditions d'application des règles de chaque instrument en question ainsi que leur champ d'application. Les définitions ne sont donc pas neutres. Elles font partie du contenu normatif de l'instrument juridique<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> UNCTC-ICC – op.cit

<sup>48</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.37

<sup>49</sup> PARA A.R. – « The Scope of new Investment Laws and International Instruments », *Transnational Corporations*, vol.4,no.3, 1995, p.32

Le traité bilatéral d'investissement type, ou classique, protège les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante dans le territoire de l'autre partie contractante<sup>50</sup>. Ainsi, le champ d'application du traité dépend de la définition des termes employés, tels que « investissement » (2.1), « investisseur » (2.2), « territoire » (2.3), « l'application dans le temps » (2.4) et « l'entrée en vigueur et la durée » (2.5).

Les définitions de ces termes constituent l'élément principal d'un traité bilatéral d'investissement. Elles déterminent quels investissements et investisseurs doivent tirer bénéfice de ses dispositions et ceux qui en sont exclus. La section des définitions peut également indiquer les relations spécifiques qui devraient exister entre l'investisseur et l'investissement pour que ce dernier soit ainsi protégé. D'une manière générale, les pays d'origine cherchent à donner à ces définitions l'envergure la plus large possible, comme nous l'avons mentionné précédemment. Les pays d'accueil, d'autre part, préfèrent parfois limiter cette étendue, afin de protéger certains intérêts nationaux<sup>51</sup>.

## *2.1 L'investissement*

Le concept « investissement » n'a pas une définition généralement admise et il évolue constamment à la suite de l'apparition et du développement des nouvelles formes d'investissement, par des entrepreneurs, des financiers et des entreprises multinationales. En absence d'une définition généralement reconnue de l'investissement, dans le cadre d'un traité bilatéral d'investissement, une telle définition présente une importance capitale. Parce que d'habitude on considère que l'investissement représente un assemblage de ressources pour une période donnée, en vue de bénéfices futurs, les définitions formelles

---

<sup>50</sup> DOLZER R.; STEVENS M.- op.cit.p.29

<sup>51</sup> PARRA A. – op.cit.p.36

trouvées dans les instruments internationaux présentent des variations importantes. Ces différences pourraient être classées en deux grandes catégories, en fonction de l'objet du traité en question<sup>52</sup>. Ainsi, les instruments qui ont comme objet les mouvements transfrontaliers de capital et de ressources, tendent à définir l'investissement en termes restrictifs, et considèrent le contrôle étranger d'une entreprise comme un élément indispensable d'une telle définition<sup>53</sup>.

Les instruments destinés à assurer la protection de l'investissement, d'autre part, tendent à employer de larges et complètes définitions fondées sur les actifs, pour couvrir non seulement le capital qui franchit les frontières, mais également d'autres types d'avoirs d'une entreprise. En général, les traités bilatéraux d'investissements suivent cette deuxième approche<sup>54</sup>.

Les traités les plus récents contiennent une définition relativement standard pour les investissements directs à l'étranger. Ces traités ont émergé donc dans les années 1960 et la définition des investissements a subi depuis très peu de changements<sup>55</sup>.

On mentionnera ici quelques exemples, cités par la CNUCED, de telles définitions :

« L'investissement de capital » signifiera une contribution pour l'accomplissement d'un objectif économique, y compris toute catégorie de biens et services dans lesquels le capital est investi. En particulier, mais pas restrictivement, « l'investissement de capital » signifiera:

(a) La propriété ou des actifs mobiles et immobiliers et tout autre droit réel, acquis ou constitué conformément à la législation du pays dans lequel l'investissement a été fait;

---

<sup>52</sup> DOLZER R., STEVENS M. – op.cit.p.30

<sup>53</sup> CNUCED (1996) – vol II, op.cit, p.17

<sup>54</sup> DOLZER R., STEVENS M. – op.cit.p.29

<sup>55</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.35

(b) Les droits de participation dans les compagnies, entreprises ou d'autres initiatives économiques, y compris toute répartition du capital à laquelle l'investisseur a droit et tout autre forme de participation par actions ;

(c) Les réclamations monétaires ou d'autres droits relatifs à des services ayant une valeur économique ou financière;

(d) Les droits de propriété industrielle ou intellectuelle, des procédures techniques, des marques déposées, des noms commerciaux et clientèle, du savoir-faire (know-how);

(e) Les concessions accordées par la loi ou par le contrat, y compris celles pour la recherche et l'exploitation<sup>56</sup>.

De même :

« Le terme « investissement » sera interprété pour signifier tout genre de propriété investie avant ou après l'entrée en vigueur de cet Accord, par une personne physique ou juridique qui est un national d'une Partie Contractante, dans le territoire de l'autre Partie Contractante, conformément aux lois et règlements de cette dernière.

Sans limiter le caractère général de cette définition, le terme « investissement » comporte:

(a) La propriété mobile et immobile, et tous autres droits, comprenant, pour les situations où ils seraient employés pour réaliser des investissements, des garanties réelles sur d'autres propriétés;

(b) Les actions, les obligations, les portefeuilles d'actions et tout autre instrument négociable ou document de crédit, aussi bien que les titres publics et du gouvernement en général;

(c) Les crédits pour des sommes d'argent ou tout autre droit pour des gages ou des services ayant une valeur économique, en liaison avec les investissements, aussi bien que les bénéfices réinvestis comme défini dans le paragraphe (e) suivant;

---

<sup>56</sup> Traité bilatéral entre l'Italie et la Roumanie, 1997, article 2(1)

(d) Les droits d'auteurs, les marques commerciales déposées, les brevets, le design industriel et tous autres droits de propriété intellectuelle et industrielle, le savoir-faire, les secrets commerciaux, les noms commerciaux et la clientèle;

(e) Tout droit à caractère financier accordé par la loi ou par contrat et toute licence, concession ou franchise, obtenues conformément aux dispositions courantes régissant l'exercice des activités économiques, y compris la prospection pour cultiver, extraire et exploiter les ressources naturelles<sup>57</sup>.

Dans un autre traité, il est mentionné que :

« L'investissement » signifie tout type d'actif, et en particulier, mais non exclusivement, il inclue:

- La propriété mobile et immobile et tous autres droits de propriété tels que des hypothèques, privilèges ou gages;
- Les actions, les stocks et les obligations des entreprises, ou des intérêts dans l'actif de ces entreprises;
- Les réclamations d'argent ou toute obligation sous contrat ayant une valeur financière;
- Les droits de propriété intellectuelle et la clientèle ;
- Les concessions d'affaires conférées par la loi ou sous contrat, incluant les concessions destinées à cultiver, extraire ou exploiter les ressources naturelles<sup>58</sup>.

Dans toutes les définitions de l'investissement<sup>59</sup>, l'expression la plus généralement utilisée est « tout type d'actifs ». Toutefois, dans les traités bilatéraux signés par les Etats-Unis, le terme employé est celui de « tout type d'investissement<sup>60</sup> ». A cette définition, il est aussi habituel d'ajouter une liste<sup>61</sup> des avoirs qui seront inclus dans la

---

<sup>57</sup> Traité bilatéral entre l'Italie et le Bangladesh, 1990, article 1

<sup>58</sup> Le traité bilatéral entre l'Equateur et la Grande Bretagne, 1994, article 1 (a)

<sup>59</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.34

<sup>60</sup> VANDEVELDE K. – *United States Investments Treaties : Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992, p.15

<sup>61</sup> PARRA A. – op.cit.p.37



définition. Comme mentionné, les listes des avoirs protégés par un traité bilatéral d'investissement ne sont pas exhaustives, et pour plusieurs raisons.

D'abord, la plupart des concepteurs d'un traité reconnaissent la difficulté de rédiger une liste approfondie. Deuxièmement, d'une façon délibérée, il a été décidé de laisser la définition de l'investissement ouverte, de sorte qu'elle puisse absorber de nouvelles formes d'investissements dès leur apparition. Aussi, une définition large évite la nécessité de renégocier le traité dans ces situations<sup>62</sup>. Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une approche à la fois synthétique et analytique<sup>63</sup> qui a pour effet d'englober les différents éléments qui peuvent constituer un investissement.

De ce fait, il y a une autre question sur laquelle le pays d'accueil devrait réfléchir s'il souhaite accepter cette définition ouverte de l'investissement, puisqu'elle pourrait avoir comme conséquence de protéger dans le futur des formes d'investissements pour lesquelles aucun accord spécifique n'aura été donné au moment de la signature du traité. Cet aspect a été pris en compte lors des négociations, sous l'égide de l'OCDE, de l'Accord multilatéral pour l'investissement, notamment pour les avoirs financiers. A l'occasion, il a été souligné qu'il y aurait de bonnes raisons pour les inclure dans l'Accord, sous condition qu'ils aient été acquis dans le but d'établir des relations économiques durables avec une entreprise<sup>64</sup>. De la même manière les pays d'accueil pourraient ne pas trouver appropriée d'accorder les mêmes droits de protection pour les licences, comme pour d'autres avoirs d'origine étrangère.

En même temps, à l'opposé, une définition étroite de l'investissement pourrait exclure certaines formes nouvelles

---

<sup>62</sup> DOLZER R. STEVENS M. – op.cit.p.30

<sup>63</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – op.cit.p.400

<sup>64</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.35

d'investissements que le pays d'accueil souhaiterait attirer dans le cadre de sa stratégie de développement<sup>65</sup>. En règle générale, il est souhaitable que chaque pays évalue les effets de chaque type de définition de l'investissement et leur conformité aux politiques nationales.

Les traités bilatéraux entendent souvent par le terme «investissement » un investissement qui est fait en conformité avec les lois du pays d'accueil : un exemple typique est le traité entre le Bangladesh et l'Italie, précédemment cité<sup>66</sup>. Dans le traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, dans l'article 1<sup>er</sup>, la définition pour la Malaisie est « des investissements approuvés », tandis que pour l'autre partie elle précise « des investissements approuvés et classifiés comme investissements par les autorités compétentes des Emirats Arabes Unis en conformité avec leurs pratiques juridiques et administratives».

Généralement, les lois locales exigent l'approbation de l'investissement, et cette approbation pourrait être accordée sous certaines conditions<sup>67</sup>. Lorsque cette condition est présente dans la définition, les investissements qui ne sont pas conformes aux lois nationales n'obtiendront aucune approbation requise ; ou s'ils ne correspondent pas aux conditions imposées par l'autorisation en question, ils pourraient ne pas être protégés par le traité, du fait qu'ils ne seront pas considérés comme « investissements » au sens du traité<sup>68</sup>. Pour cette raison, certains traités bilatéraux<sup>69</sup> soulignent explicitement qu'ils seront appliqués seulement aux investissements faits en conformité avec les lois et réglementations du pays d'accueil.

---

<sup>65</sup> PARRA A. – op.cit.p.32

<sup>66</sup> Autres exemples récents se retrouvent dans les traités bilatéraux signés par la Chine, l'Australie et l'Indonésie, le Canada et le Trinidad Tobago, le Chili et la Norvège.

<sup>67</sup> DOLZER ; STEVENS – op.cit.p.32

<sup>68</sup> PARRA – op.cit.p.41

<sup>69</sup> Exemple, le traité bilatéral entre l'Argentine et la Suède

Tous ces types de qualifications permettent à un pays de refuser la protection du traité aux investissements qu'il considère inappropriés pour une telle protection. Ainsi, en établissant une corrélation directe entre la protection des investissements et leur conformité aux conditions légales, un pays serait capable de s'assurer que seuls les investissements considérés souhaitables du point de vue de ses objectifs de développement seront protégés<sup>70</sup>.

De ce point de vue, les pays en développement peuvent donc tirer profit de ces qualifications en identifiant un ensemble de priorités et de critères de développement à prendre en considération pour déterminer si un investissement devrait recevoir ou non la protection du traité<sup>71</sup>. Cependant, en tant qu'Etat souverain, un pays d'accueil pourrait changer ses lois, ses règlements et ses politiques, mais ces changements peuvent affecter défavorablement la stabilité de son climat d'investissement. De cette façon, si les lois et les politiques sont fréquemment changés, la crédibilité d'un Etat pourrait également être affectée<sup>72</sup>.

Pour s'assurer que la protection du traité est accordée seulement aux investissements qui sont conformes aux lois nationales du pays d'accueil, il est coutume de soumettre l'admission de l'investissement aux lois nationales du pays d'accueil. Cette situation sera examinée plus en détail dans le paragraphe relatif à l'admission de l'investissement.

Les traités bilatéraux d'investissements prévoient souvent une disposition afin de s'assurer que tout changement de la forme sous laquelle sont investis les capitaux (par exemple un prêt qui transforme une dette en avoirs) n'affectera pas leur classification comme

---

<sup>70</sup> SORNARAJAH M. – op.cit.p.43

<sup>71</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.35

<sup>72</sup> SORNARAJAH M – « State responsibility and bilateral investment treaties », *Journal of World Trade Law*, 1986, vol.20, p.82

investissement afin de s'assurer de la protection du traité<sup>73</sup>. Par exemple, certains traités<sup>74</sup> prévoient que « tout changement dans la forme d'un investissement ne doit pas affecter son caractère d'investissement ».

Cependant, quelques uns de ces traités incluent également la condition que le changement de forme de l'investissement ne doit pas être contraire à l'approbation initiale accordée à l'investissement par le pays d'accueil. Ainsi, dans son article 1<sup>er</sup>, le traité bilatéral entre la Communauté Belgique-Luxembourg et Chypre, dans l'article premier, déclare que « (un) tout changement de la forme dans laquelle les avoirs sont investis ne devra pas affecter leur classification comme investissement, à condition que ce changement ne soit pas contraire à l'autorisation, si elle existe, accordée dans le respect des avoirs investis initialement<sup>75</sup> ».

L'objectif de cette condition serait d'assurer que le réinvestissement n'est pas employé pour éviter les restrictions imposées par le pays d'accueil à l'investissement initial<sup>76</sup>. Une variante de cette pratique consiste à démontrer que les réinvestissements ne sont pas contraires aux lois du pays d'accueil : « (un) changement possible de la forme sous laquelle ont été faits les investissements ne doit pas affecter leur substance comme investissements, et à condition qu'un tel changement ne soit pas en contradiction avec les lois et les réglementations de l'autre Partie Signataire<sup>77</sup> ».

Une autre question définie dans les traités concerne *les revenus* obtenus à la suite des investissements. En général, ces revenus sont

---

<sup>73</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.36

<sup>74</sup> Traité bilatéral entre le Canada et la Hongrie, article 1(b)

<sup>75</sup> Traité bilatéral entre la Communauté de Belgique-Luxembourg et le Chypre, art.1

<sup>76</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.36

<sup>77</sup> Traité bilatéral entre l'Albanie et la Croatie, article 2 (2)

protégés dans la plupart des traités, lesquels, par exemple, peuvent garantir le libre transfert des bénéfices hors du pays d'accueil<sup>78</sup>.

Il existe des traités qui protègent les revenus réalisés à la suite des investissements dans une clause séparée de l'investissement lui-même. Dans ce cas, ils prévoient la définition du terme. Ainsi, la définition la plus répandue, utilisée constamment depuis les années 60, mentionne « le montant rapporté par un investissement<sup>79</sup> ». De la même manière, la grande majorité des traités qui définissent ce terme prévoient aussi une liste non exhaustive des flux monétaires qui sont considérés comme des retours sur investissement. Cette liste inclue habituellement les profits, les intérêts, les gains du capital, les dividendes, les redevances et les honoraires<sup>80</sup>.

## 2.2 L'investisseur

Comme déjà mentionné jusqu'ici, l'objectif d'un traité bilatéral d'investissement est d'encourager et de protéger les investissements réalisés par des investisseurs des deux pays qui sont parties signataires du traité. Pour cela, le traité doit définir ces investisseurs qui ont un lien suffisamment important avec leurs pays respectifs pour mériter la protection<sup>81</sup>.

En particulier, le pays importateur de capital pourrait refuser d'octroyer les avantages d'un traité bilatéral aux personnes et aux entreprises ayant seulement une relation superficielle avec son partenaire au traité<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> PARRA A – op.cit. p.33

<sup>79</sup> Cette définition est employée dans les traités signés par le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Norvège et la Grande Bretagne.

<sup>80</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.37

<sup>81</sup> DOLZER STEVENS – op.cit.p.38

<sup>82</sup> OCDE – *Intergovernmental Agreement Relating to Investment in Developing Countries*, Paris, 1985

De plus, le champ d'application d'un traité est limité en droit international par le principe de l'effet relatif des traités selon lequel l'accord international ne crée de droits et d'obligations qu'entre ses parties signataires et leurs nationaux et ressortissants respectifs.

La définition du terme « investisseur » inclut habituellement les personnes physiques et les entités juridiques, souvent désignées génériquement sous le nom des « entreprises » ou « compagnies ». Cependant, certains traités bilatéraux d'investissements n'emploient pas le terme « investisseur » et font référence directement aux personnes physiques (2.2.1.) et aux entreprises (2.2.2)<sup>83</sup>.

### *2.2.1 Les personnes physiques*

En ce qui concerne les personnes physiques, la plupart des traités bilatéraux d'investissements accordent la protection aux personnes qui sont des « nationaux » de chaque pays contractants en tant que personnes physiques reconnus par les lois nationales comme « national » ou « citoyen »<sup>84</sup>. Par exemple, le traité entre la Jamaïque et le Royaume-Uni utilise les formulations suivantes :

« Nationaux » signifie :

(i) dans le cas de la Grande-Bretagne : les personnes physiques ayant le statut de national de la Grande-Bretagne conformément aux lois en vigueur en Grande-Bretagne;

(ii) dans le cas de la Jamaïque : les personnes physiques ayant un statut des national de la Jamaïque conformément aux lois de la Jamaïque.

Selon la jurisprudence internationale, le fait pour un Etat d'accorder sa nationalité à un individu, ne doit pas être reconnu par

---

<sup>83</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.37

<sup>84</sup> PARRA A – op.cit.p.29

d'autres Etats s'il n'y a pas un « lien effectif de rattachement »<sup>85</sup> entre cet individu et l'Etat dont il réclame la nationalité<sup>86</sup>. Cependant, la plupart des traités bilatéraux d'investissements, ne semblent pas exiger cette condition. Ainsi, pour les objectifs du traité, un individu est un national d'une partie contractante aussi longtemps que les lois nationales de cette partie contractante le reconnaissent en tant que national.

Dans certains cas, le traité exige plus qu'un lien de nationalité entre un Etat signataire et un individu. Quelques traités<sup>87</sup> exigent également que la personne réside ou ait son domicile dans le pays de la nationalité. D'autres traités<sup>88</sup> imposent la condition que les investisseurs soient des résidents permanents. Ainsi, le concept de résidence transcende souvent celui de nationalité. Le premier a un domaine plus étendu que le second<sup>89</sup>. La raison de cette exigence supplémentaire de résidence ou de domicile est de s'assurer que les nationaux couverts par le traité ont un véritable lien avec le pays dont ils se réclament. Cette considération peut être très importante si ce pays a un nombre significatif de citoyens résidant dans des pays tiers et sont sans liaison significative avec le pays d'origine dont ils possèdent légalement la nationalité.

Une autre question qui n'est pas explicitement abordée par les traités bilatéraux est de savoir si une personne physique, qui possède la nationalité des deux parties selon leurs lois nationales respectives, peut réclamer la protection du traité<sup>90</sup>. Dans quelques cas<sup>91</sup>, le traité en

---

<sup>85</sup> CIJ, arrêt de 1955 sur l'affaire Nottebohm

<sup>86</sup> SALEM M. – « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du Droit International*, 1986, vol.113, p. 583

<sup>87</sup> Traités bilatéraux d'investissement entre l'Allemagne et l'Israël [article I(3)(b)] et entre le Danemark et l'Indonésie (article I(a))

<sup>88</sup> Traités bilatéraux d'investissement entre l'Argentine et le Canada ; et entre le Canada et le Trinidad Tobago

<sup>89</sup> PARRA A. – op.cit.p.33

<sup>90</sup> CNUCED (1999 ) – op.cit.p.38

<sup>91</sup> Les traités bilatéraux signés par l'Argentine et autres différents pays du continent américain, ainsi que les traités entre l'Equateur et le Chili (article I(2)), et le Salvador (article I(2))

question ne devrait pas s'appliquer aux investissements des nationaux du pays d'origine si ces personnes ont été domiciliées pendant plus de deux ans dans le pays d'accueil.

### *2.2.2 Les entreprises*

Le terme « entreprise » est généralement très large et y sont incluses des sociétés, des compagnies et d'autres entités juridiques. Ainsi, le traité bilatéral entre la Tunisie et la Turquie, dans son premier article, définit-il le terme « entreprise » comme s'appliquant à « tout type d'entité juridique, telle qu'entreprise, compagnie, association commerciale ou toute autre organisation dûment incorporée, constituée ou dûment organisée selon les lois et les règlements d'une Partie<sup>92</sup> ».

Certains traités spécifient que la définition inclut les entités publiques et privées, indépendamment du fait qu'elles soient organisées pour obtenir du profit ou qu'elles aient une responsabilité limitée. Ainsi, le traité entre le Pérou et la Thaïlande, définit l'entreprise comme « toute personne juridique organisée ou constituée en vertu de la loi en vigueur dans le territoire d'une Partie Contractante, avec ou sans responsabilité limitée, et avec ou sans l'objectif d'obtenir un profit financier<sup>93</sup> ». Dans les traités types des pays africains apparaît également une définition qui fait référence à des entreprises publiques<sup>94</sup>.

D'autres traités restent silencieux sur ces sujets, mais en général la définition présentée est assez large pour inclure tous les types d'entités, comme spécifié dans le traité bilatéral présenté plus haut entre la Tunisie et la Turquie.

Une des questions importantes, mentionnée aussi au premier chapitre, fait référence aux conditions selon lesquelles une personne

---

<sup>92</sup> Traité bilatéral d'investissement entre la Tunisie et la Turquie (article I(1)(h))

<sup>93</sup> Traité bilatéral entre le Pérou et la Thaïlande, article 1(2)

<sup>94</sup> CNUCED (1999) - op.cit.p.38



juridique est considérée comme ayant un lien suffisant avec le pays signataire dont elle se réclame afin de s'assurer de la protection du traité.

En règle générale, les traités bilatéraux étendent la protection aux entreprises qui sont considérées comme ayant la nationalité d'un des pays contractants, mais il y a des variations dans la façon dont ils attribuent la nationalité aux entreprises<sup>95</sup>. Dans la pratique commerciale, il existe trois critères, comme il a également été mentionné au premier chapitre, qui sont employés dans les traités bilatéraux, dans différentes combinaisons. Ces critères font référence à :

- l'endroit où l'entreprise a été constituée;
- la localisation du siège ;
- la nationalité au regard de ses propriétaires ou des éléments qui en exercent le contrôle.

Chacun de ces différents critères comporte des avantages et des inconvénients. Le plus simple et le plus facile à employer est le premier, car il est assez simple de déterminer le lieu où l'entreprise a été constituée. Il s'agit d'un élément de fait, totalement objectif. Parmi les traités bilatéraux qui emploient ce critère comme fondement pour attribuer la nationalité à des entités juridiques se situent ceux conclus par le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Ce critère est également employé dans les traités entre les pays en développement, comme, par exemple, celui signé entre Singapour et le Sri Lanka. Le traité entre le Nigeria et le Royaume-Uni, dans son article 1<sup>er</sup>, définit les entreprises comme « des multinationales, des firmes, des associations et d'autres personnes juridiques organisées ou constituées en vertu de la loi en vigueur pour chaque Partie Contractante<sup>96</sup>.

La difficulté avec ce critère est que le pays où l'entreprise a été constituée peut n'avoir aucun autre lien avec celle-ci. De ce fait, un

---

<sup>95</sup> DOLZER STEVENS – op.cit.p.39

<sup>96</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.39

pays peut avoir à défendre les intérêts d'une entreprise dans laquelle aucun de ses ressortissants n'a un quelconque droit. En effet, les nationaux étrangers peuvent constituer une entreprise selon les lois d'une partie contractante uniquement pour obtenir la protection de traité<sup>97</sup>.

Pour cette raison, certains traités mentionnent pour chaque partie signataire le droit de refuser la protection du traité à une entreprise qui est constituée conformément aux lois d'une partie contractante, mais qui est contrôlée par des nationaux d'un pays tiers ou n'a aucune activité économique importante sur le territoire de la partie contractante considérée<sup>98</sup>. Ainsi, le traité entre la Roumanie et les Etats-Unis contient-il une disposition pour empêcher les nationaux d'un pays tiers d'obtenir la protection du traité en constituant des entreprises dans un des pays signataires :

« [...] (b) « l'entreprise » d'une partie signifie tout type d'entreprise, société, association, partenariat ou autre organisation, constituée conformément aux lois et règlements d'une Partie, qu'elle soit constituée ou pas en vue d'un gain pécuniaire, ou pour laquelle la propriété et le contrôle sont privés ou publics; [...]

2. Chaque partie se réserve le droit de refuser à toute entreprise les avantages de ce Traité si des nationaux d'un tiers pays contrôlent cette entreprise, et, lorsqu'il s'agit d'une entreprise de l'autre Partie signataire, qui n'a pas d'activités économiques substantielles sur le territoire de l'autre partie, ou lorsqu'elle est contrôlée par des nationaux d'un tiers pays auquel la partie en question ne maintient pas de relations économiques normales<sup>99</sup> ».

En revanche, le critère de la propriété et du contrôle<sup>100</sup>, établit un lien beaucoup plus étroit entre l'investissement et le pays de

---

<sup>97</sup> DOLZER; STEVENS – op.cit.p.40

<sup>98</sup> VANDEVELDE K. – « United States bilateral investment treaties : the second wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, vol.II, p.625

<sup>99</sup> Traité bilatéral entre la Roumanie et les Etats-Unis, 1992

<sup>100</sup> Traités signés par les Pays-Bas, la Suède et la Suisse

nationalité, mais il est parfois difficile de les déterminer<sup>101</sup>. Une entreprise peut être possédée par des milliers d'investisseurs provenant de beaucoup de pays différents, et la nationalité des investisseurs dominants peut changer, en fonction de la façon dont les actions de l'entreprise sont commercialisées<sup>102</sup>.

Un autre exemple significatif est constitué par le traité bilatéral entre la Lituanie et les Pays-Bas, qui mentionne:

« Le terme investisseur devrait comprendre dans le cas de l'autre partie signataire :

i. les personnes physiques ayant la nationalité de la Partie Contractante ;

ii. les personnes juridiques constituées conformément aux lois de la Partie Contractante ;

iii. les personnes juridiques non constituées conformément aux lois de la Partie contractante, mais contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques telles que définies aux (sections) « i » ou « ii » plus haut, qui investissent sur le territoire de la Partie Contractante<sup>103</sup> ».

L'inclusion du critère de « la propriété et du contrôle » pour attribuer la nationalité à une entreprise afin d'obtenir la protection d'un traité d'investissement représente un élément significatif de l'état du droit international public, tel qu'il est notamment souligné dans l'affaire *Barcelona Traction*<sup>104</sup>, selon lequel une société a la nationalité de l'Etat où elle a été constituée et, de ce fait, cet Etat seul a le droit de la faire bénéficier de sa protection diplomatique.

Ce cas ayant soulevé des doutes quant à la possibilité pour des actionnaires de bénéficier de la protection diplomatique de leur Etat, il

---

<sup>101</sup> PARRA A. – op.cit.p.38

<sup>102</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.39

<sup>103</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et les Pays-Bas, 1994, article 1

<sup>104</sup> International Court of Justice Reports – *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgement, 1970, p.3-357

est probable qu'il a constitué un facteur significatif dans l'amorce du développement des traités bilatéraux d'investissements.

Ainsi, le besoin de sécuriser les actionnaires devenait une considération de plus en plus importante, surtout dans le contexte de la création de joint-ventures à participation locale, spécialement lorsqu'il s'agissait d'accorder une protection au partenaire étranger minoritaire.

Une autre technique pour sécuriser la protection des actionnaires par un traité consistait à inclure les actions dans les avoirs qui faisaient partie de la définition des investissements, telle que présentés ci-dessus<sup>105</sup>. Certains traités bilatéraux ajoutent la définition de ces termes dans le protocole ou l'échange des lettres. Par exemple, le protocole définit le « contrôle » comme le fait « d'(avoir) une partie considérable des droits de propriété et la capacité à exercer une influence décisive<sup>106</sup> ». Parfois le protocole stipule aussi que, « dans le cas où il y a une différence d'opinions sur l'existence du contrôle, les parties devraient résoudre les conflits selon les dispositions de résolution des différends spécifiées dans le traité<sup>107</sup> ».

Le troisième critère qui tend à attribuer la nationalité d'une entreprise en fonction de *la localisation de son siège* est plus facile à utiliser. Il établit un véritable lien entre un pays et l'entreprise, et il est aussi plus stable<sup>108</sup>. Par exemple, le traité bilatéral entre l'Allemagne et le Swaziland, définit en son article 1<sup>er</sup> les entreprises allemandes comme étant celles qui ont leur siège sur le territoire allemand, comme suit :

« Le terme « entreprise » signifie:

(a) au regard de la République Fédérale d'Allemagne: toute personne juridique, ainsi que toute entreprise commerciale ou autre,

---

<sup>105</sup> DOLZER; STEVENS – op.cit.p.41

<sup>106</sup> Protocole du traité bilatéral d'investissement entre l'Egypte et les Etats-Unis

<sup>107</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.40

<sup>108</sup> Ce critère a été largement employé dans les traités bilatéraux conclus par l'Allemagne, la Belgique et la Suède.

avec ou sans personnalité juridique, ayant son siège sur le territoire allemand d'application de ce Traité, [...],

(b) au regard du Royaume de Swaziland: les entreprises, les sociétés et les associations constitués conformément aux lois en vigueur dans le Royaume du Swaziland<sup>109</sup> ».

Souvent, dans la pratique commerciale, ces trois éléments sont combinés et de cette manière une entreprise devrait satisfaire deux critères ou plus afin d'être couverte par un traité<sup>110</sup>. Beaucoup de traités signés récemment exigent en même temps pour l'entreprise d'être constituée dans un pays signataire du traité et d'avoir son siège ou des participations majoritaires dans ce pays. Un autre exemple de traité, recensé par la CNUCED, spécifie ainsi :

« Le terme « entreprise » signifie:

(a) par rapport au Japon, les entreprises, les partenariats, les sociétés et les associations, avec ou sans responsabilité limitée, avec ou sans personnalité juridique, constitués, oui ou non, pour le profit financier ; et

(b) par rapport à la République Populaire de Chine, les entreprises, d'autres organisations économiques et des associations.

Les entreprises constituées conformément aux lois et règlements applicables d'une Partie Contractante et ayant leur siège sur son territoire seront considérés comme des entreprises de cette partie contractante<sup>111</sup> ».

Les modèles de traités utilisés par les pays d'Afrique et d'Asie emploient deux définitions alternatives. La première est une définition d'ensemble qui utilise le critère concernant la localisation du siège, avec l'addition possible du critère du contrôle. Le second élément de

---

<sup>109</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.40

<sup>110</sup> OMC – Rapport annuel, 1996, p.74

<sup>111</sup> Traité bilatéral d'investissement entre le Japon et la Chine, 1988, article 1(4)

l'alternative suggère une définition séparée, déterminée par chaque partie<sup>112</sup>.

Le refus unilatéral des avantages d'un traité à une entreprise qui aurait un lien supposé avec un autre pays peut être une source potentielle de conflit. Ainsi, des mécanismes de consultation sur cette question peuvent être précisés<sup>113</sup>. Par exemple le traité entre les Etats-Unis et le Zaïre, après avoir permis à une partie de refuser les avantages du traité à une entreprise pour les raisons indiquées ci-dessus, a établi:

« [...] si une partie conclut que les bénéfices de ce traité ne devraient pas être étendus à une entreprise de l'autre partie pour cette raison, elle devrait se consulter rapidement avec l'autre partie pour chercher une résolution mutuellement satisfaisante à ce sujet<sup>114</sup> ».

Un autre traité mentionne que :

« (2). Chaque partie se réserve le droit de refuser à une entreprise les avantages de ce Traité si des nationaux d'un pays tiers contrôlent cette entreprise, et, dans le cas d'une entreprise de l'autre partie, si cette entreprise n'a pas des activités commerciales importantes sur le territoire de l'autre partie, ou si elle est contrôlée par des nationaux d'un pays tiers avec lequel la partie en question ne maintient pas des relations économiques normales<sup>115</sup>».

Toutefois, il reste encore d'autres points d'interrogation sur la question de la nationalité d'une entreprise. Quelques auteurs<sup>116</sup> ont suscité d'autres discussions concernant d'une part les entreprises ayant la nationalité des deux parties signataires d'un traité, et d'autre part les conditions dans lesquelles le changement de nationalité d'un

---

<sup>112</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.41

<sup>113</sup> BREWER T. – « International dispute settlement provisions : the evolving regime for foreign direct investment », *Law and Policy in International Business*, 1995, vol.26, spring, p.638

<sup>114</sup> Traité bilatéral d'investissements entre les Etats-Unis et le Zaïre, (article 1(b)(ii)

<sup>115</sup> Traité entre la Roumanie et les Etats-Unis, 1992, article I (2)

<sup>116</sup> DOLZER ; STEVENS – op.cit. p.42

investissement pendant la durée du traité affectent l'application de ses dispositions.

### *2.3 Territoire*

Les premiers traités bilatéraux n'ont pas défini spécifiquement le terme « territoire ». Une définition a commencé à apparaître régulièrement dans les traités seulement à partir des années 70.

Dans le cadre d'un traité bilatéral, le territoire est défini dans le but particulier de la protection des investissements<sup>117</sup>. Souvent, la protection territoriale d'un investissement dans la plupart des traités n'est pas en correspondance avec les frontières territoriales qui délimitent la juridiction des parties signataires<sup>118</sup>.

En fait, dans la plupart des traités bilatéraux la définition du territoire ne spécifie pas quelle région devrait être considérée comme relevant du territoire d'un pays. Cette définition sert plutôt à indiquer quels secteurs maritimes seront considérés comme étant des parties du territoire d'un pays signataire du traité<sup>119</sup>.

La définition standard inclut dans le territoire les secteurs maritimes sur lesquels la partie signataire exerce sa juridiction conformément au droit international<sup>120</sup>. Par exemple, le traité bilatéral entre la Lituanie et la Suède précise que son champ d'application territorial est, pour chaque Partie Contractante, « le territoire sous sa souveraineté ainsi que les secteurs maritimes et sous-marins sur lesquels la Partie Contractante exerce, conformément au droit international, la souveraineté, les droits souverains ou la juridiction<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> PARRA A – op.cit. p.37

<sup>118</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.41

<sup>119</sup> PARRA A – op.cit.p.39

<sup>120</sup> DOLZER; STEVENS – op.cit.p.44

<sup>121</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et la Suède, 1994, article I (b)

Bien que d'habitude l'étendue territoriale d'un traité d'investissement soit conforme aux délimitations territoriales des parties signataires, il se peut qu'un traité contienne des dispositions indiquant une extension du champ d'application territorial<sup>122</sup>.

Dans ce sens, on donne l'exemple des traités bilatéraux conclus par le Royaume-Uni qui mentionnent que le territoire, pour ce dernier, « inclut aussi les territoires sur lesquels l'applicabilité du traité est étendue par des notes diplomatiques ». Ainsi, la signature d'un traité bilatéral avec le Royaume-Uni est souvent suivie par un ou plusieurs échanges des notes diplomatiques, ayant eux-mêmes valeur de traité, prévoyant les mesures d'application du traité sur des régions situées en dehors du territoire du Royaume-Uni proprement dit <sup>123</sup>.

## *2.4 L'application dans le temps*

Une question importante concerne l'étendue, dans le temps, de la protection résultant d'un traité bilatéral d'investissement. Il s'agit de savoir si cette protection s'exerce aussi sur les investissements faits auparavant, ou seulement sur ceux réalisés après la signature du traité.

Les pays d'accueil peuvent parfois manifester certaines réserves pour accorder la protection du traité aux investissements réalisés avant l'entrée en vigueur d'un traité<sup>124</sup>. Ils peuvent considérer la protection comme une forme d'aubaine pour l'investisseur, qui aurait de toute façon été disposé à faire l'investissement, même sans avoir la protection du traité.

D'ailleurs, il se pourrait que l'investissement précédant le traité n'ait pas été approuvé du fait que les autorités du pays se sont rendues

---

<sup>122</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.41

<sup>123</sup> MANN F. – « British treaties for the promotion and protection of investments », *British yearbook of International Law*, 1981, vol.52, p.245

<sup>124</sup> DOLZER; STEVENS – op.cit.p.44



compte que les droits de l'investisseur seraient augmentés plus tard par le traité<sup>125</sup>. Par exemple, un pays d'accueil pourrait avoir approuvé un projet d'investissement en considérant que ses lois restrictives de contrôle des échanges s'appliqueraient pour limiter le droit de l'investisseur de rapatrier le revenu ou le capital. Si, par le traité, les droits de transfert de devises étaient étendus, cela pourrait affecter d'une manière forte et inattendue les réserves des devises étrangères du pays d'accueil<sup>126</sup>.

Les pays d'origine, en revanche, manifestent généralement leur désir que le traité soit appliqué aux investissements déjà existants. Cela évite de conférer aux investisseurs futurs un avantage comparatif par rapport à leurs prédécesseurs, avantage qui pourrait affecter le bon fonctionnement du marché et accroître ainsi l'opposition des investisseurs existants à la conclusion du traité<sup>127</sup>.

En dépit de cette opposition d'intérêts, les parties contractantes acceptent habituellement de prolonger la protection du traité aux investissements déjà existants<sup>128</sup>. En effet, même lorsque les pays d'accueil concluent des traités bilatéraux dans le but unique d'attirer de nouveaux investissements étrangers, exclusion de la protection du nouveau traité tous les investisseurs existants, dont plusieurs pourraient encore constituer une source potentielle de nouveaux investissements, pourrait réduire la confiance des investisseurs dans le climat d'investissement du pays d'accueil<sup>129</sup>.

Par conséquent, en refusant la protection aux investissements préexistants, les pays d'accueil pourraient bloquer une source importante de nouveaux investissements étrangers potentiels. En effet, cet aspect est devenu moins problématique ces dernières années en

---

<sup>125</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.42

<sup>126</sup> KLINE J. ; LUDEMA R. – « Building a multilateral framework for investment: comparing the development of trade and investment accords », *Transnational Corporations*, 1997, vol.6, p.8

<sup>127</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.43

<sup>128</sup> DOLZER ; STEVENS – op.cit.p.45

<sup>129</sup> SORNARAJAH M. (1994) – op.cit.p.27

raison de l'accroissement de la libéralisation. Ainsi, plusieurs traités mentionnent explicitement qu'ils s'appliquent aux investissements établis avant leur entrée en vigueur, aussi bien qu'à ceux réalisés après<sup>130</sup>.

Parfois, dans les nouveaux traités, selon CNUCED, est inséré un article séparé déclarant que le traité s'applique aux investissements existants, comme, par exemple, dans le traité entre l'Estonie et la Suisse, qui précise :

« L'Accord présent devrait s'appliquer aux investissements, dans le territoire d'une Partie signataire, réalisés selon ses lois et ses règlements, par les investisseurs de l'autre Partie signataire avant l'entrée en vigueur de cet Accord<sup>131</sup> ».

Dans d'autres cas, les traités peuvent inclure dans la définition du terme « investissement » les investissements faits avant l'entrée en vigueur du traité, comme dans le traité entre Bangladesh et Italie, par exemple. En même temps, il existe des traités qui ne s'appliquent pas aux investissements existants<sup>132</sup>. Ainsi, certains accords précisent qu'ils s'appliquent seulement aux investissements réalisés après l'entrée en vigueur de la réglementation nationale concernant les investissements étrangers<sup>133</sup>.

D'autres traités bilatéraux d'investissements, notamment ceux conclus par l'Allemagne<sup>134</sup>, exigent que les investissements existants soient approuvés avant de recevoir la protection de traité. Par exemple, en son article 9, le traité bilatéral entre l'Égypte et l'Allemagne exige que les investissements faits avant l'entrée en vigueur du traité soient soumis aux procédures prescrites d'admission des investissements afin

---

<sup>130</sup> PARRA A – op.cit.p.33

<sup>131</sup> Traité bilatéral entre l'Estonie et la Suisse, article 6

<sup>132</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.43

<sup>133</sup> Traité bilatéral entre l'Indonésie et la Grande-Bretagne, article 2(3)

<sup>134</sup> Traités bilatéraux avec l'Indonésie, article 8(2) ; avec Malte, article 9 (2) ; avec la République Islamique d'Iran, (protocole, paragraphe 11)

d'obtenir ensuite la protection du nouveau traité. Cependant, il est à souligner que dans la pratique commerciale actuelle de l'Allemagne, les traités couvrent les investissements déjà existants<sup>135</sup>.

Pour éviter les difficultés d'interprétation concernant l'étendue de l'application du traité, les parties contractantes devraient avoir une bonne compréhension sur cet aspect avant la signature du traité.

## *2.5 L'entrée en vigueur et la durée*

Dans de nombreux pays, un traité signé peut entrer en vigueur seulement s'il est ratifié selon la législation du pays. Les traités ainsi rédigés mentionnent qu'ils entrent en vigueur après que chaque partie ait notifié à l'autre que ses règlements internes, par exemple en matière de ratification, ont été satisfaits<sup>136</sup>. Si ces notifications se produisent à des jours différents, alors le traité entrera en vigueur le jour de l'ultime ratification. Dans beaucoup de cas, un traité entre en vigueur dans un certain délai après que soient intervenus les derniers changements d'instruments de ratification entre les parties. La période la plus commune est de 30 jours après la date des derniers échanges des notifications<sup>137</sup>.

Un des buts principaux d'un traité bilatéral d'investissement serait d'assurer un environnement juridique stable pour les investisseurs. Pour cette raison la pratique standard mise en œuvre depuis 1960 consiste à spécifier qu'un traité bilatéral demeurera en vigueur pour une période fixe pendant laquelle il n'y a aucune

---

<sup>135</sup> KARL J. – « The promotion and protection of German foreign investment abroad », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol.II, no.1, p.6

<sup>136</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.43

<sup>137</sup> Ces différentes situations se retrouvent dans les traités bilatéraux signés entre le Cuba et la Grande-Bretagne ; entre le Canada et le Trinidad Tobago ; entre les Etats-Unis et la Nicaragua.

possibilité de mettre fin à son application<sup>138</sup>. La période minimale la plus commune est de 10 ans<sup>139</sup>. Cependant, certains traités prévoient une durée de 15, 20 ou même 30 ans<sup>140</sup>, alors que pour d'autres la période initiale est de moins de 5 ans<sup>141</sup> ou même d'une seule année<sup>142</sup>.

Après que la durée prévue se soit écoulée, le traité peut être résilié par l'une ou l'autre partie, avec un préavis d'un an<sup>143</sup>. D'autres traités prévoient une période de 6 mois pour la notification de résiliation<sup>144</sup>. Si un traité n'a pas cessé à la fin de la période fixée, il continue s'appliquer pour la durée qui lui a été assignée<sup>145</sup>.

En général les pays ont adopté deux approches différentes en ce domaine :

- Selon une première approche un traité reste en vigueur indéfiniment, mais il est susceptible d'être résilié à tout moment par une des parties moyennant la notification écrite<sup>146</sup> ;
- Pour l'autre approche un traité continue à rester en vigueur pour des périodes supplémentaires déterminées<sup>147</sup>.

Cette dernière approche se retrouve dans la plupart des traités bilatéraux, car elle assure aux investisseurs un environnement juridique stable au delà de la période prévue initialement par le traité. La période additionnelle spécifiée le plus souvent dans les traités est de 10 ans, mais elle peut aller jusqu'à 15 ans pour certains accords et même 20 ans dans d'autres. Ces périodes supplémentaires n'ont pas

---

<sup>138</sup> DOLZER ; STEVENS – op.cit. p.47

<sup>139</sup> Dans les traités conclus par la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis

<sup>140</sup> Le traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, à l'article 15, prévoit une période initiale de 30 ans.

<sup>141</sup> Traités bilatéraux entre l'Allemagne et les Philippines, article 13 (2), et la Zambie, article 14(2)

<sup>142</sup> Traité bilatéral entre la Suisse et le Burkina Faso, article 11

<sup>143</sup> Traité bilatéral entre la Norvège et le Pérou, article 14

<sup>144</sup> Traité bilatéral entre l'Allemagne et la Papoua Nouvelle Guinée, article 13

<sup>145</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.44

<sup>146</sup> Traité bilatéral entre le Danemark et le Pérou, article 16

<sup>147</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.45

nécessairement la même durée que la période initiale<sup>148</sup>. De cette manière, la période initiale prévue dans le traité et ensuite les périodes additionnelles, peuvent assurer la protection des investissements pendant durée substantielle<sup>149</sup>.

Ainsi, la protection d'un traité peut s'appliquer pendant toute la durée d'un investissement. Par exemple, quelques traités conclus par la France<sup>150</sup>, mentionnent que, dans l'éventualité d'une résiliation, ils demeureront applicables, apparemment pour une période illimitée, aux investissements réalisés avant la résiliation<sup>151</sup>.

Cette clause a fait surgir un autre aspect important concernant le fait qu'un investissement devrait être réalisé avant la notification de résiliation pour pouvoir bénéficier de la protection du traité<sup>152</sup>. Ainsi, les traités adoptent-ils deux approches.

Certains stipulent que l'investissement doit être fait avant la notification de la résiliation du traité<sup>153</sup> : « [...] dans le respect des investissements faits avant la réception de la notification de résiliation, les dispositions (...) devraient rester en vigueur pendant une période future de 10 ans, à partir de la date de la notification ». D'autres stipulent qu'un investissement doit être réalisé avant la date effective de la résiliation. Ainsi : « [...] dans le respect des investissements faits avant la date de résiliation du présent Traité, les

---

<sup>148</sup> Dans quelques traités signés par la Suisse la période initiale est de 10 ans, mais les périodes supplémentaires sont de 2 ans.

<sup>149</sup> Par exemple, dans le cas du traité entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, la durée déterminée initialement de 30 ans est combinée avec la continuation de la protection du traité pendant 20 années supplémentaires après la résiliation. De cette manière, l'investissement est protégé par le traité pendant 50 ans, même si le traité est résilié à la première occasion.

<sup>150</sup> Traités bilatéraux entre la France et : l'Egypte (article 13), le Haïti (article 6), l'Indonésie (article 10), la République de Corée (article 9, alinéa 4), le Maroc (article 13) et l'Yougoslavie (article 9)

<sup>151</sup> JUILLARD P. – « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *Journal du Droit International*, 1979, vol.106, p.278

<sup>152</sup> DOLZER et STEVENS – op.cit. p.48

<sup>153</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et la Norvège, article XIV

dispositions...devraient continuer à être effectives pour une période future de 10 ans, à partir de la date de cessation du présent Traité<sup>154</sup> ».

Quelques traités bilatéraux d'investissement incluent une clause qui stipule que le traité peut être amendé par accord entre les parties signataires<sup>155</sup>. Une telle disposition peut ne pas être nécessaire parce que selon la Convention de Vienne, un traité peut toujours être modifié par accord entre les parties<sup>156</sup>. Lorsqu'une telle disposition est incluse dans un traité, elle indique habituellement que l'amendement devrait entrer en vigueur quand les parties contractantes auront notifiées mutuellement que leurs exigences internes pour l'approbation des traités internationaux ont été satisfaites<sup>157</sup>.

### **3. L'admission et la promotion des investissements**

Pour la plupart des pays, en particulier des pays en développement, le principal objectif d'un traité n'est pas seulement de protéger l'investissement existant, mais d'encourager l'implantation des nouvelles entreprises ou l'expansion des anciennes. Dans cet esprit, il convient d'examiner d'abord la question de l'admission des investissements (3.1) et ensuite, les efforts déployés par les pays pour la promotion des investissements (3.2).

#### *3.1 L'admission de l'investissement*

Comme nous l'avons déjà mentionné, en matière de droit international, la règle usuelle qui dérive du principe de la souveraineté territoriale des Etats, invoque qu'un Etat a le droit de régler ou d'interdire l'admission des étrangers et de leur propriété sur son

---

<sup>154</sup> Traité bilatéral entre l'Australie et la République de Corée, article 11(3)

<sup>155</sup> Traité bilatéral entre la Nigeria et la Grande-Bretagne, article 12

<sup>156</sup> Nations Unies (1987) – op.cit. p.337

<sup>157</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.45

territoire<sup>158</sup>. Ce principe se retrouve dans beaucoup d'instruments internationaux.

La plupart des pays est peu disposée à accorder aux ressortissants et aux entreprises étrangers un droit sans réserve pour faire des investissements sur leurs territoires, et cela pour des raisons diverses<sup>159</sup>. Les pays sont souvent réticents pour admettre le contrôle étranger sur les moyens de production les plus importants.

Quelques pays peuvent être préoccupés par la question de la propriété étrangère sur des industries qui sont essentielles pour la sécurité nationale, alors que d'autres pays peuvent être intéressés par la propriété étrangère sur des industries ayant une importance particulière dans l'effort de développement ou qui ont une valeur et une importance culturelle spéciale<sup>160</sup>.

Dans d'autres cas, les entreprises nationales peuvent exiger la protection contre la concurrence étrangère. Le résultat est que beaucoup de pays imposent certaines restrictions ou conditions à l'entrée des investissements directs étrangers dans des industries spécifiques<sup>161</sup>.

Pour ces raisons, en général, un traité bilatéral ne confère pas aux investisseurs d'une partie signataire le droit de réaliser des investissements sur le territoire de l'autre partie contractante. En d'autres termes, dans le cadre du traité bilatéral d'investissement classique, le pays d'accueil a le pouvoir exclusif pour décider si l'investissement peut être autorisé sur son territoire<sup>162</sup>. Cependant, une

---

<sup>158</sup> KISHOIAN B. – « The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1994, vol.14, p.336

<sup>159</sup> SHIHATA I – « Recent trends relating to entry of foreign investment », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol.9, p.53

<sup>160</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.46

<sup>161</sup> SHIHATA I – op.cit.p.55

<sup>162</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.6

fois que le pays d'accueil décide de l'admettre, l'investissement aura le droit de recevoir toutes les protections accordées par le traité en question.

Une autre question se posera par la suite afin de savoir si la protection accordée à un investissement par un traité peut être conditionnée ou non par la satisfaction des conditions qui lui ont été imposées à son entrée sur le territoire du pays d'accueil.

La plupart des traités bilatéraux abordent néanmoins la question de l'entrée et de la réalisation des investissements. En général, ils mentionnent que chaque partie contractante devrait admettre l'investissement des ressortissants et des entreprises de l'autre partie contractante, mais seulement en conformité avec les lois du pays d'accueil<sup>163</sup>, comme suit :

« Chaque Partie Contractante devrait promouvoir sur son territoire les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante et admettre ces investissements en conformité avec ses lois et réglementations<sup>164</sup> ».

Cet exemple reflète la pratique dans les traités bilatéraux d'investissements. Ce type de disposition élimine d'emblée toute interprétation qui réclamerait que les investissements couverts par un traité ne soient pas soumis aux conditions générales d'admission et aux procédures établies par le pays d'accueil : par exemple la condition que les projets liés aux investissements directs étrangers soient approuvés par un ministère ou une autorité spécialement compétente en la matière.

D'autres traités plus anciens ont des conditions d'admission plus spécifiques, comme le démontre la disposition suivante :

« L'Accord devrait, dans la mesure où une approbation écrite est nécessaire, s'étendre seulement aux investissements, faits avant ou

---

<sup>163</sup> SHIHATA I – op.cit.p.56

<sup>164</sup> Traité bilatéral entre l'Estonie et la Suisse, 1992, article 2(1)



après l'entrée en vigueur du présent Accord, qui sont spécifiquement approuvés par écrit par la Partie Contractante dont le territoire est concerné par les investissements faits ou à faire. Un investissement ainsi approuvé sera soumis aux lois en vigueur sur le territoire de la Partie Contractante concernée et aux conditions, si elles existent, selon lesquelles l'approbation sera accordée<sup>165</sup> ».

Quelques traités mentionnent qu'un investissement sera protégé seulement à partir de la date de l'approbation, tandis que d'autres font référence plus en détail aux procédures applicables<sup>166</sup>.

Ainsi, le traité conclu par l'Allemagne avec la Malaisie stipule qu'un projet d'investissement doit être approuvé par le ministère compétent en Malaisie conformément à la législation et à la pratique administrative du pays<sup>167</sup>. Parfois, même l'agence impliquée, qui a la tâche de constituer le dossier avec les documents d'admission, est également mentionnée. En outre, quelques traités plus anciens<sup>168</sup> mentionnent que le pays d'accueil donnera son acceptation de façon pleinement discrétionnaire, tandis qu'un certain nombre de traités conclus par l'Allemagne contiennent des détails sur les critères et les procédures pour l'admission<sup>169</sup>.

La même approche se retrouve dans d'autres traités<sup>170</sup>, qui mentionnent ainsi :

« Chaque Partie Contractante doit permettre à une nouvelle entreprise commerciale de s'installer, ou permettre l'acquisition d'une entreprise commerciale existante, ou de parts d'une telle entreprise par des investisseurs ou des investisseurs potentiels de l'autre Partie

---

<sup>165</sup> Traité bilatéral entre l'Union Economique de Belgique-Luxembourg, et le Singapour, 1978, article 3

<sup>166</sup> SHIHATA – op.cit. p.56

<sup>167</sup> D'autres clauses similaires apparaissent aussi dans les traités bilatéraux entre l'Allemagne et la République Unie de Tanzanie, et entre l'Egypte et la Suisse.

<sup>168</sup> Traité bilatéral entre le Pakistan et la Suède

<sup>169</sup> KARL J. – «The promotion and protection of German foreign investment abroad », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, vol.II, p.18

<sup>170</sup> La même approche se retrouve dans les traités signés par les Etats-Unis avec la Jamaïque et la Nicaragua.

Contractante, dans des conditions pas moins favorables que celles, dans des circonstances similaires, qui permettront les même acquisitions ou installations à :

- a) ses propres investisseurs ou investisseurs potentiels ; ou
- b) des investisseurs ou investisseurs potentiels d'un tiers Etat<sup>171</sup> ».

Cette approche implique que le pays d'accueil prévoit des clauses déclarant qu'un investissement devrait s'intégrer dans les programmes nationaux de développement<sup>172</sup>.

D'autres traités anciens utilisaient la clause d'admission pour imposer des conditions spéciales ou des dérogations aux traités standard. C'était le cas du traité entre l'Allemagne et le Rwanda, déjà évoqué, qui imposait des « conditions spéciales » concernant les aspects suivants : l'administration du capital d'investissement, l'activité économique de l'entreprise, le réinvestissement du profit, la formation professionnelle et l'embauche du personnel local<sup>173</sup>.

Il est clair qu'en général les traités bilatéraux d'investissement ne créent pas un droit d'entrée, et il n'y a aucun doute qu'ils facilitent l'entrée de l'investissement de l'autre partie signataire dans le pays d'accueil. Cette manière d'agir correspond à une tendance à la libéralisation des investissements au niveau national. En ce sens, plusieurs pays ont considérablement allégé les conditions tendant à l'acceptation d'un investissement<sup>174</sup>. Un exemple significatif en la matière mentionne que :

« Chaque Partie Contractante doit encourager et créer des conditions favorables pour les investisseurs de l'autre Partie Contractante pour investir du capital sur son territoire (...) <sup>175</sup> ».

---

<sup>171</sup> Traité bilatéral entre le Canada et le Trinidad Tobago, 1995, article II(3)

<sup>172</sup> C'est aussi le cas des traités signés par l'Allemagne avec le Mali, la Rwanda, la Thaïlande.

<sup>173</sup> KARL J. – op.cit.p.19

<sup>174</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.47

<sup>175</sup> Traité bilatéral entre l'Argentine et la Grande-Bretagne, 1990, article 2(1)

Quelques pays d'origine des investissements sont allés plus loin en accordant certains droits à l'entrée aux investissements des partenaires du traité<sup>176</sup>.

Ainsi, les traités bilatéraux conclus par les Etats-Unis, et également d'autres traités plus récents signés par le Canada, ont adopté cette approche. Spécifiquement, ces traités mentionnent que le pays d'accueil doit accorder le traitement national et le traitement de « la nation la plus favorisée » (NPF) en ce qui concerne l'entrée et l'établissement de l'investissement. Dès lors, les investissements sont couverts par le traité non pas après leur admission mais lors de leur admission. Un exemple se trouve dans des traités signés par le Canada, où il est question que les demandes d'admission déposées par des investisseurs de l'autre partie contractante au traité aient le même traitement que les demandes de ses propres investisseurs nationaux ou ceux d'autres pays<sup>177</sup>.

En d'autres termes, on accorde aux ressortissants et aux entreprises d'une partie contractante les mêmes droits d'investir dans le territoire de l'autre partie contractante qu'à ses propres ressortissants et entreprises et aux ressortissants et entreprises d'un pays tiers<sup>178</sup>.

Ce droit, s'il n'est pas délimité, comme par exemple dans l'expression « des situations similaires », serait particulièrement large, étant donné que la définition des entreprises dans ces traités inclut les entreprises publiques. Ainsi, les investisseurs d'une partie contractante auraient le droit d'établir l'investissement dans le territoire de l'autre partie contractante, dans les industries où les entités publiques et privées de cette autre partie contractante ont établis des investissements<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> VANDEVELDE K.(1993) – op.cit.p.639

<sup>177</sup> PATERSON R. – « Canadian investment promotion and protection treaties », *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, vol.29, p.375

<sup>178</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.48

<sup>179</sup> SHIHATA I. – op.cit.p.52

Le modèle de traité bilatéral des Etats-Unis, ainsi que d'autres traités des Etats-Unis conclus jusqu'ici n'empêchent pas, cependant, le pays d'accueil d'appliquer les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public et à la sécurité nationale, ou de prescrire des formalités spéciales pour la réalisation des investissements<sup>180</sup>.

Cependant, de telles formalités sont limitées seulement aux investissements qui n'affectent pas la substance des droits accordés par le traité. Ainsi il est mentionné dans les traités que chaque partie, « devrait, en appliquant ses lois, ses règlements et ses pratiques et procédures administratives, permettre l'établissement des investissements dans les termes et conditions qui accordent le traitement national<sup>181</sup> ». Ils stipulent également que « les parties doivent approuver les investissements selon les plans et les priorités nationaux sur une base non discriminatoire, en conformité avec les dispositions mentionnées ci avant<sup>182</sup> ».

Toutefois ce type de dispositions pourrait créer des difficultés pour un certain nombre de pays d'accueil. Par exemple, leurs lois internes peuvent délibérément interdire l'investissement étranger dans certaines industries ou activités, ne serait-ce que parce que le gouvernement souhaite favoriser l'apparition d'un secteur national d'entreprises dans le cadre de sa politique en faveur du développement national. Parfois ce sentiment est accentué par l'opinion que les entreprises nationales ne sont pas capables de concurrencer les entreprises multinationales qui disposent de ressources plus importantes. Dans ces circonstances, des pays en développement peuvent préférer accorder le traitement de la clause de la nation la plus favorisée, plutôt que le traitement national dans l'étape de pré établissement de l'investissement<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup>VANDEVELDE K. (1993) – op.cit.p.630

<sup>181</sup> Exemple le traité bilatéral entre l'Egypte et les Etats-Unis, article II(1)

<sup>182</sup> idem, article II (3)(b)

<sup>183</sup> CNUCED (1999) - op.cit.p.48

Les partisans de cette approche sont sensibles à la question de l'investissement étranger dans certaines industries ou activités.

Les traités conclus par les Etats-Unis, par exemple, permettent à chaque partie contractante d'indiquer dans une annexe les industries sur lesquelles ils se réservent le droit de ne pas accorder le traitement de la clause NPF ou le traitement national<sup>184</sup>. Ainsi, il est stipulé dans certains traités conclus par les Etats-Unis que « le Traité accorde le traitement de la clause la plus favorisée et le traitement national, dans le respect de l'entrée de l'investissement de chaque partie, mais que ces traitements font l'objet du droit de chaque partie de faire de créer ou maintenir des exceptions qui entrent dans les secteurs ou questions énumérés à l'Annexe de ce Traité<sup>185</sup> ».

Plus particulièrement, pour les Etats-Unis, cette liste<sup>186</sup> concerne les secteurs suivants: le transport aérien, la navigation océanique et côtière, les banques, les assurances, les subventions gouvernementales, les programmes de prêt et d'assurance du gouvernement, la production d'énergie, les agents des douanes, la propriété immobilière, la propriété et le fonctionnement des stations de radio et de télévision, la propriété des actions de la Société de satellites de communication (*Communications Satellite Corporation*), les services de téléphone et télégraphe, la fourniture des services des câbles submersibles, et l'utilisation de la terre et des ressources naturelles<sup>187</sup>.

Les traités des Etats-Unis interdisent les limitations rétroactives sur l'établissement de l'investissement<sup>188</sup>. Ainsi, aucune partie contractante ne peut interdire l'investissement après son établissement. En outre, ces traités ne prévoient pas l'inclusion d'industries supplémentaires dans l'annexe une fois que le traité a été conclu<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> SHIHATA I. - op.cit.p.53

<sup>185</sup> VANDEVELDE K. (1993) – op.cit.p.632

<sup>186</sup> Par exemple, dans le traité avec la Jamaïque, les Etats-Unis mentionnent 17 exceptions au traitement NPF, et 13 pour le traitement national.

<sup>187</sup> VANDEVELDE K. (1993) – op.cit.p.634

<sup>188</sup> SHIHATA I. – op.cit.p.54

<sup>189</sup> PARRA A. – op.cit.p.43

Puisque les traités qui prévoient le traitement de la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national pendant la phase de pré-établissement couvre plus l'investissement étranger que la plupart des traités, la question se pose de savoir si les investisseurs couverts par d'autres traités et bénéficiant de la clause de la nation la plus favorisée au titre de ces dernier, seraient autorisés à réaliser des investissements dans les conditions accordées par un traité des Etats-Unis ou Canada. Dans la plupart des situations, cela ne sera pas le cas parce que la clause de la nation la plus favorisée accordée par ces autres traités ne s'applique pas à la phase de pré-établissement de l'investissement. De ce fait, le traitement NPF serait seulement étendu aux conditions de l'après-investissement.

Une approche différente à l'admission de l'investissement se trouve dans quelques traités conclus par l'Union économique Belgique-Luxembourg, qui prévoient que leurs dispositions s'appliquent seulement aux investissements réalisés dans certaines industries<sup>190</sup>. Ainsi, non seulement le pays d'accueil aurait le droit d'exclure l'investissement des certaines industries, mais dans le cas où il aurait autorisé un tel investissement, celui-ci ne serait pas protégé par le traité.

Dans les traités bilatéraux, les clauses concernant l'admission de l'investissement sont parmi les plus importantes dans la perspective de développement d'un pays. A travers les restrictions et les conditions mises à l'entrée de l'investissement, les pays en développement expriment leurs stratégies de développement, dans le respect de l'investissement étranger, ou plus précisément, leur souhait de développer un secteur national avec des entreprises profitables<sup>191</sup>. De ce fait, des pays en développement peuvent se montrer particulièrement sensibles à des clauses qui pourraient entraver leur liberté de décision

---

<sup>190</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.49

<sup>191</sup> CNUCED (1997) – op.cit.p.15

et qui seraient en contradiction avec leurs objectifs politiques et leurs priorités.

Il est vrai que l'approche dominante dans la plupart des traités bilatéraux tend vers l'engagement mutuel des pays signataires pour créer des conditions favorables aux investissements. Toutefois, beaucoup de traités laissent la question de l'entrée et de l'établissement des investissements à la charge des lois nationales, et même dans les pays les plus libéraux un certain nombre d'industries et d'activités restent encore fermés aux investisseurs étrangers afin de protéger les intérêts nationaux<sup>192</sup>.

En examinant les dispositions des traités relatives à l'admission de l'investissement étranger sur le territoire national on trouve une large gamme de choix, des dispositions les plus larges, aux plus restrictives, pour faciliter et encourager l'entrée, pour accorder l'admission de l'investissement sur la base de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national<sup>193</sup>. En même temps, il est caractéristique de tous les traités bilatéraux que les parties maintiennent un certain degré de flexibilité pour contrôler l'admission des investissements de l'autre partie. Certains traités font mention des lois du pays d'accueil sur l'admission, l'approbation et autres conditions, alors que d'autres permettent l'inclusion d'une liste d'industries ou d'activités qui peuvent être exemptées de la clause générale d'admission<sup>194</sup>.

De manière générale, l'approche dominante dans la plupart des pays consiste à encourager les investissements directs étrangers, mais chaque pays d'accueil choisit sa propre manière d'agir et l'approche la plus adéquate à ses intérêts, tout en sachant que pour beaucoup de pays en développement, la capacité d'attirer les bénéfices des

---

<sup>192</sup> DUNNING J.; NARULA R. – *Foreign direct investment and governments: Catalysts for economic restructuring*, Routledge, London, 1997, p.20-21

<sup>193</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.50

<sup>194</sup> PARRA A. – op.cit.p.46

investissements étrangers pour le développement national peut dépendre de leur degré de contrôle sur l'activité que l'investisseur étranger développe sur leur territoire.

### *3.2 La promotion des investissements*

Selon l'expérience et la pratique juridique, le simple fait de conclure des traités bilatéraux avec d'autres pays, et leurs analyses, est très favorable aux investissements étrangers entrant dans un pays. Cependant, depuis les années 1960, beaucoup de traités sont allés plus loin et ont inclus un engagement spécifique pour chaque partie contractante afin d'encourager l'investissement de l'autre partie contractante sur son territoire<sup>195</sup>. Une formulation caractéristique de cette approche mentionne ainsi:

« Chaque partie contractante devrait encourager et créer des conditions favorables pour les investissements des ressortissants ou des entreprises de l'autre Partie Contractante sur son territoire...<sup>196</sup> ».

Il est difficile de déterminer la signification exacte de cette disposition parce qu'elle est formulée à un degré élevé de généralité, avec très peu si ce n'est aucune obligation ou engagement spécifique. En outre, le concept « des conditions favorables pour l'investissement » est sujet à de nombreuses interprétations. Par exemple, il pourrait faire référence à des lois, des règlements, ou aux conditions physiques nécessaires pour l'investissement, tel que les routes, les communications, les sources d'énergie et l'infrastructure<sup>197</sup>.

Pour éviter toute implication qui ferait que le pays d'accueil serait obligé d'admettre n'importe quel investissement spécifique en raison

---

<sup>195</sup> CNUCED (1997) – op.cit.p.15

<sup>196</sup> Traité bilatéral la Turquie et la Grande-Bretagne, article 2

<sup>197</sup> MANN F. – op.cit.p.251



d'une clause « d'encouragement », il arrive que parfois l'obligation de favoriser l'investissement soit bien définie<sup>198</sup>.

Ainsi, une approche habituelle consiste à stipuler que l'obligation de chaque partie contractante à promouvoir l'investissement sur son territoire est assujettie aux lois ou plus largement, aux politiques du pays d'accueil<sup>199</sup>, ainsi :

« Chaque Partie Contractante, au sujet de ses droits d'exercer le pouvoir selon les lois et les règlements applicables, devrait encourager et créer des conditions favorables pour les nationaux et les entreprises de l'autre Partie Contractante, pour réaliser l'investissement sur son territoire, et, assujettie aux mêmes droits, devrait admettre cet investissement<sup>200</sup> ».

Une question a été soulevée par la suite, dans l'esprit de réciprocité des traités, concernant l'obligation des pays d'origine d'encourager ses propres ressortissants et ses entreprises à investir dans le territoire de ses partenaires du traité. La plupart des traités ne la prévoient pas.

En effet, les pays d'origine sont peu disposés à faire trop d'engagements à cet égard, pour plusieurs raisons :

- D'abord, les pays exportateurs de capital peuvent considérer que le but principal d'un traité soit de protéger l'investissement déjà existant plutôt que de favoriser un nouvel investissement<sup>201</sup> ;

- En second lieu, ces pays exportateurs de capital peuvent considérer un traité comme un instrument pour réduire, plutôt que d'augmenter l'interférence du gouvernement dans les flux internationaux d'investissements ;

---

<sup>198</sup> CNUCED 1999 – op.cit. p.50

<sup>199</sup> D'autres traités utilisant cette approche ont été conclus par l'Union économique du Belgique Luxembourg, la France, la Suède et les Pays-Bas.

<sup>200</sup> Traité bilatéral entre le Japon et le Sri Lanka, 1982, article 2(1)

<sup>201</sup> PATERSON R. – op.cit.p.377

▪ Un pays exportateur de capital peut être concerné par le fait qu'une promesse de promouvoir les flux sortants d'investissements créera au niveau national, une opposition politique au traité <sup>202</sup> ;

▪ Un pays exportateur de capital qui a signé des traités bilatéraux avec un grand nombre de pays peut constater qu'il peut faire qu'un effort minimal pour promouvoir l'investissement dans le territoire de chacune de ces autres parties contractantes<sup>203</sup>.

Toutefois, quelques traités types et clauses décrivent les mesures spécifiques à appliquer par chaque partie contractante pour promouvoir l'investissement. Ainsi, les modèles de traité des pays d'Asie et d'Afrique (modèles AALCC) engagent les pays d'origine à offrir des incitations appropriées aux investissements dans le territoire de l'autre partie contractante, incitations qui pourraient inclure « des modalités telles que des concessions fiscales et des garanties à l'investissement <sup>204</sup> ».

Cette pratique est reflétée dans certains traités conclus entre les pays en développement, traités qui prévoient également des mesures actives à prendre par les deux pays, afin de promouvoir les flux d'investissement entre eux<sup>205</sup>, comme suit :

« (4) (a) Chaque Etat Contractant devrait essayer de prendre les mesures et la législation nécessaires pour accorder des facilités appropriées, des incitations et d'autres formes d'encouragement pour les investissements faits par les investisseurs de l'autre Etat Contractant.

[...] (6) Les parties contractantes devraient se consulter périodiquement au sujet des opportunités d'investissements dans le territoire de l'une ou de l'autre, dans différents secteurs économiques, pour déterminer où les investissements d'un Etat contractant dans l'autre peuvent être plus bénéfiques dans l'intérêt des deux Etats Contractants.

---

<sup>202</sup> SORNARAJAH M.(1986) – op.cit.p.85

<sup>203</sup> VOSS J. – op.cit.p.369

<sup>204</sup> CNUCED – *Incentives and Foreign Direct Investment*, United Nations Publications, 1996d, p.11

<sup>205</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.51

(7) Pour atteindre les objectifs de l'Accord, les Etats Contractants devraient encourager et faciliter la formation et l'implémentation des entités juridiques communes appropriées, entre les investisseurs des Etats Contractants afin d'établir, développer et exécuter les projets d'investissement dans différents secteurs économiques en conformité avec les lois et les règlements de l'Etat d'accueil<sup>206</sup> ».

Dans le traité conclu entre la Pologne et les Etats-Unis il est exigé « d'établir un point de contact pour faciliter l'identification dans leurs territoires des opportunités d'investissements et pour agir en tant qu'intermédiaire dans les rapports avec les agences d'Etat<sup>207</sup> ».

Un autre exemple des dispositions spécifiques pour promouvoir l'investissement se retrouve dans le traité entre la Jamaïque et la Chine, qui mentionne : « Chaque Partie Contractante devrait encourager et promouvoir l'investissement des investisseurs de l'autre Partie Contractante sur son territoire. Dans ce but, les Parties Contractantes devraient se consulter mutuellement afin de trouver les voies les plus efficaces pour atteindre cet objectif<sup>208</sup> ». Une approche similaire se retrouve dans le traité bilatéral conclu entre la Jamaïque et l'Argentine.

Différemment de cette approche, le traité entre l'Union économique Belgique-Luxembourg et le Cameroun, stipule: « Soucieuse de l'importance des investissements pour la promotion de sa politique de coopération pour le développement, l'Union économique Belgique-Luxembourg devrait essayer d'adopter des mesures capables de stimuler ses opérations commerciales pour s'associer à l'effort de développement de la République Unie du Cameroun en conformité avec ses priorités<sup>209</sup> ».

---

<sup>206</sup> Exemple : l'article 2 du traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, de 1991

<sup>207</sup> VANDEVELDE K. (1993) – op.cit.p.679

<sup>208</sup> Traité entre la Chine et la Jamaïque, 1994, article 2(1)

<sup>209</sup> Traité bilatéral entre l'Union économique de la Belgique et le Luxembourg, 1980, article 2(3)

Cette disposition identifie la nature asymétrique du rapport entre un pays développé, exportateur du capital, et un pays en développement parce qu'elle n'impose au Cameroun aucune obligation semblable de promouvoir l'investissement dans l'Union économique du Belgique-Luxembourg.

Pour beaucoup de pays en développement, notamment les pays les moins développés, le fait d'accorder des standards élevés pour le traitement, la protection et les garanties des investissements, pourraient ne pas être suffisant pour attirer l'investissement direct étranger dans une quantité et qualité suffisantes pour atteindre leurs objectifs de développement<sup>210</sup>. Leurs gouvernements peuvent ne pas disposer de l'infrastructure et des ressources nécessaires pour introduire des programmes efficaces de promotion de l'investissement. Dans ce contexte, les efforts faits par le pays d'origine, partenaire dans le traité, pour encourager ses propres investisseurs à investir dans le pays d'accueil en développement ne sont pas toujours bien accueillis <sup>211</sup>.

Ainsi, au-delà des engagements généraux typiquement retrouvés dans les traités bilatéraux, les partenaires d'un traité pourraient souhaiter explorer des mesures plus spécifiques pour encourager leurs ressortissants et leurs entreprises à investir dans leurs territoires respectifs<sup>212</sup>. Par exemple, ces mesures intégrées dans une disposition spéciale du traité, comme « une clause technique de coopération », pourraient inclure la diffusion, au sein de leurs communautés d'investissement, des informations sur les opportunités d'affaires, le patronage des missions d'investissement par des représentants de leurs entreprises, et la fourniture de l'aide consultative sur les manières d'encourager le transfert du capital et de la technologie<sup>213</sup>. Ces engagements des pays d'origine augmentent ainsi les effets bénéfiques des traités d'investissements sur leur développement économique.

---

<sup>210</sup> CNUCED (1997b) – op.cit.p.22

<sup>211</sup> CNUCED (1996d) – op.cit.p.14

<sup>212</sup> PARRA A. – op.cit.p.45

<sup>213</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.52

## B. Le traitement de l'investissement

En principe, le traitement de l'investissement international est défini par le droit interne, c'est-à-dire le droit de l'Etat de territorialité de l'investissement. Ainsi, l'État d'accueil d'un investissement édicte les règles et les règlements applicables aux investissements en fonction de l'orientation souhaitée, incitative ou dissuasive. Les pays exportateurs d'investissements, pour la plupart des pays du Nord, sont favorables aux mécanismes de droit interne parce qu'ils leur permettent de plus grandes concessions en matière de traitement et de protection de la part de l'Etat de territorialité. De leur côté, les pays importateurs d'investissements, souvent pays du Sud, sont favorables aux mécanismes du droit international, parce que l'utilisation d'une garantie internationale leur permet d'atténuer les concessions que souhaiterait obtenir l'Etat de nationalité de l'investissement.

Ce vif débat caractéristique pour la décennie 1960-1970 a été la cause de la multiplication des instruments conventionnels sur le traitement et la protection des investissements.

En règle générale, un traité stipule invariablement le traitement que le pays d'accueil doit accorder à l'investissement une fois qu'il est établi sur son territoire. Très souvent les traités bilatéraux incluent un ou plusieurs principes généraux qui, ensemble ou individuellement, sont prévus pour fournir des critères globaux à travers lesquels il est possible de juger si le traitement accordé à un investissement est satisfaisant, et aussi pour aider à interpréter des situations particulières auxquelles devraient être appliquées des dispositions plus spécifiques<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> GUDGEON S. – « United States bilateral investment treaties : Comments on their origin, purposes and general treatment standards », *International Tax and Business Lawyer*, 1986, vol.4, p.105

Le traitement des investissements se définit comme « l'ensemble des principes et des règles de droit international comme de droit interne, qui régissent le régime de l'investissement international, depuis le moment de sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation<sup>215</sup> ».

Une distinction préliminaire peut être faite, selon la CNUCED, entre les *normes générales* de traitement, c'est-à-dire les normes concernant tous les aspects de l'existence d'un investissement étranger dans un pays d'accueil, et *normes spécifiques* de traitement qui font référence à des aspects particuliers<sup>216</sup>.

Les normes générales du traitement retrouvées de façon systématique dans une convention bilatérale comprennent des normes absolues et des normes relatives. En général on entend que les normes absolues soient celles qui énoncent le traitement à accorder. Les normes relatives sont les normes qui définissent le traitement exigé par référence au traitement accordé aux autres investissements. Toutefois, il faut préciser que les termes « absolu » et « relatif » ne sont pas universellement acceptés. De ce fait cette classification initiée et employée surtout par la CNUCED, n'a aucune implication juridique<sup>217</sup>.

En général, les traités bilatéraux peuvent comporter donc plusieurs dispositions concernant les normes absolues pour le traitement à accorder (1) et une ou plusieurs dispositions pour le traitement relatif (2).

## 1. Les normes absolues

Les traités bilatéraux d'investissement prévoient plusieurs clauses qui font partie des standards absolus de traitement accordés aux investissements. Il s'agit des dispositions concernant le traitement juste et équitable (1.1), l'entière protection et sécurité (1.2), l'interdiction

---

<sup>215</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – *Droit International Economique*, 4<sup>e</sup> Edition, 1998, p.453

<sup>216</sup> CNUCED – *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Genève, 1999, p.53

<sup>217</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.53

des mesures arbitraires ou discriminatoires (1.3), et le traitement conforme au droit international (1.4).

### *1.1 Le traitement juste et équitable*

Le traitement juste et équitable est une norme classique qui est généralement inscrite dans les traités ; il représente le standard minimum du droit coutumier international. En effet, une partie signataire s'attend et est en droit d'espérer un minimum des règles lorsqu'elle décide d'investir dans le pays de l'autre partie signataire du traité. La plupart des traités mentionnent que le pays d'accueil est d'accord pour accorder « un traitement juste et équitable » aux investissements de l'autre pays, ainsi :

« [...] 2. [Aux] investissements des ressortissants de chaque Partie Contractante, sera accordé, à leur l'entrée, pour toute activité, gestion, entretien, utilisation ou ventes, un traitement juste et équitable. Ils disposeront de la protection totale et de la sécurité dans le territoire de l'autre Partie Contractante.

3. Chaque Partie Contractante devra se conformer à toute obligation créée par un engagement particulier pris à l'égard d'un investissement spécifique des ressortissants de l'autre Partie Contractante<sup>218</sup> ».

Selon les commentaires de l'OCDE l'expression « traitement juste et équitable » signifie « un minimum du standard international qui fait partie du droit international coutumier<sup>219</sup> ». Dans cet esprit, en général, le « traitement juste et équitable » couvre un large éventail de principes juridiques internationaux, y compris la non-discrimination, le devoir de protection de la propriété étrangère et le traitement minimal international. En même temps, le statut et le contenu de certaines

---

<sup>218</sup> Traité bilatéral entre les Pays-Bas et les Philippines, 1985, article 3

<sup>219</sup> OCDE – *Council Resolution of 12 October 1967 on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, International Legal Materials, 1968, vol.7, p.121

normes du droit international et leur applicabilité aux investissements étrangers a été remis en cause par quelques pays en développement<sup>220</sup>.

D'après d'autres auteurs, « la force et l'utilité du standard du traitement juste et équitable serait son manque relatif de contenu abstrait qui serait visé pour assurer l'application prudente et correcte des règles juridiques<sup>221</sup> ». Selon cette opinion, l'inclusion de ce standard dans les traités et conventions bilatérales réponds à plusieurs objectifs : non seulement offrir un standard de base, mais fournir également un important élément auxiliaire pour l'interprétation des autres dispositions prévues dans l'accord et pour remplir d'éventuelles lacunes du traité<sup>222</sup> ».

L'intégration du standard du traitement juste et équitable dans les traités bilatéraux est due à l'OCDE et à son Projet de Convention sur la Protection de la Propriété Etrangère, de 1967<sup>223</sup>. Depuis il apparaît, seul ou avec d'autres standards de traitement, dans la plupart des traités bilatéraux.

En même temps il faut remarquer qu'il n'est pas mentionné dans les accords conclus par certains pays d'Asie et d'Afrique<sup>224</sup>. Il n'apparaît pas dans les modèles d'accords bilatéraux recommandés par AALCC. D'un autre côté, il est inclus dans les traités bilatéraux signés par les pays de l'Amérique Latine et il apparaît souvent dans les traités conclus par la Chine.

---

<sup>220</sup> CNUCED – *Problèmes et questions concernant les accords bilatéraux d'investissement dans la perspective de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral sur l'investissement*, Genève, 1997, p.17

<sup>221</sup> LAVIEC JP. – *Protection et promotion des investissements : Etudes de Droit International Economique*, PUF, Paris, 1985 ; SALEM M. – « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du Droit International*, 1986, vol, 113, p.582

<sup>222</sup> UNCTC – *Key Concepts in International Investment Arrangements and Their Relevance to Negotiations on International Transactions in Services*, Current Studies Series A, no.13, United Nations Publications, New York, 1990

<sup>223</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.54

<sup>224</sup> Par exemple le Pakistan, le Singapour, le Rwanda, L'Arabie Saoudite



En conclusion, le standard du traitement juste et équitable joue un rôle significatif dans les traités bilatéraux d'investissements. Outre que de combler des lacunes et de fournir un contexte pour l'interprétation de dispositions spécifiques, un de ses avantages majeurs est de fournir des moyens relativement faciles pour aborder les questions relatives au traitement des investisseurs.

Dans le contexte du règlement d'un conflit lié à un investissement dans le cadre d'un traité bilatéral, le traitement juste et équitable donnerait aux médiateurs et aux arbitres l'occasion de résoudre les difficultés non seulement par référence aux règles juridiques strictes, mais en les considérant dans leur contexte<sup>225</sup>.

## *1.2 L'entière protection et sécurité*

Une très grande majorité de traités et conventions bilatérales, après avoir prévu le principe d'un traitement juste et équitable, ajoutent explicitement que l'investissement de l'autre partie contractante bénéficiera « d'une protection et d'une sécurité totales », sinon « les plus grandes et constantes protection et sécurité », ainsi :

« 2. (2) Une fois établis, les investissements devraient à tout moment disposer de la protection et la sécurité totales, en conformité avec le droit international.

2. (3) Chaque Etat Contractant devrait à tout moment assurer le traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Etat Contractant. Chaque Etat Contractant devrait s'assurer que la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'acquisition ou la liquidation des investissements ou des droits liées aux investissements ainsi que les activités associées des investisseurs de l'autre Etat Contractant dans leur territoire ne devrait faire, d'aucune manière, l'objet de mesures discriminatoires, irraisonnables ou arbitraires.[...]

---

<sup>225</sup> SORNARAJAH M. – op.cit.p.35

13. (3) Chaque Etat Contractant devrait se conformer à toute obligation qui résulterait des documents d'approbation des investissements ou des contrats d'investissements approuvés des investisseurs de l'autre Etat Contractant<sup>226</sup> ».

D'autres formulations sont aussi utilisées. Ce standard de traitement a déjà été employé dans des anciens traités bilatéraux signés avant 1967, avant le Projet de Convention de l'OCDE, sur la protection de la propriété étrangère, et avant même que le concept de traitement juste et équitable soit défini en tant que tel. En effet, la disposition concernant « l'entière protection et sécurité » été largement utilisée dans les premiers Traités d'Amitié (FCN)<sup>227</sup>. Cette disposition n'impose pas la stricte responsabilité au pays d'accueil pour protéger l'investissement étranger. Elle suggère l'assurance de l'entière protection et sécurité pour les investisseurs étrangers comme envisagé ou requis par le droit coutumier international<sup>228</sup>.

### *1.3 L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires*

La non-discrimination, dans le sens large, signifie que le pays d'accueil doit s'abstenir d'actions discriminatoires contre les investisseurs étrangers en général ou contre des groupes spécifiques d'investisseurs étrangers<sup>229</sup>. Bien que le standard du traitement juste et équitable exclue implicitement le traitement arbitraire ou discriminatoire, certains traités et conventions bilatérales le mentionnent explicitement<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> Traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, 1991, articles 2 et 13

<sup>227</sup> WALKER H. – « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, 1958, p. 817

<sup>228</sup> KHALIL M. – « Treatment of foreign investment in bilateral investment treaties », *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, 1992, vol.8, p.345

<sup>229</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.55

<sup>230</sup> Tous les traités signés par les pays de l'Amérique Latine prévoient des clauses sur le traitement non discriminatoire.

De même, selon les études effectuées par la CNUCED, il existe des nombreux traités dans lesquels le mot « irraisonnable » apparaît au lieu du mot « arbitraire », ainsi :

« [...] Protection des investissements

1. Les investissements de chaque Partie Contractante devraient bénéficier à tout moment du traitement juste et équitable et ils devraient disposer d'une protection et sécurité sur le territoire de l'autre Partie Contractante.

Ni l'une ni l'autre Partie Contractante ne devrait altérer, d'aucune manière, par des mesures irraisonnables ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie Contractante. Chaque partie contractante devrait respecter toute obligation suscitée par les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante<sup>231</sup> ».

Cependant, dans un nombre important des traités, dans cette clause, est employé la conjonction « et » au lieu de « ou », comme dans l'expression « des mesures irraisonnables et discriminatoires », ce qui laisserait supposer une plus grande liberté d'action en faveur du pays d'accueil, car il serait libre de prendre de mesures discriminatoires aussi longtemps que la discrimination ne soit pas irraisonnable ou arbitraire<sup>232</sup>. Par exemple, un pays d'accueil en développement qui accorde des incitations spéciales aux investisseurs nationaux, mais qui les refuse aux investisseurs étrangers, pourrait argumenter qu'une telle différenciation serait raisonnable du point de vue de son statut de pays en développement.

---

<sup>231</sup> Traité bilatéral entre le Danemark et la Lituanie, 1992, article 3 ; D'autres exemples similaires se retrouvent dans les traités bilatéraux conclus entre la Suisse et le Ghana (article 3), entre la Lituanie et les Pays-Bas (article 3 (i)), entre les Etats-Unis et la République Kirghizie (article II(2b)).

<sup>232</sup> OCDE – *Intergovernmental Agreement Relating to Investment in Developing Countries*, Paris, 1985, p.31

Pour soutenir un tel son argument, il pourrait invoquer les différenciations similaires de traitement prépondérantes dans beaucoup de pays. En même temps, le pays d'accueil pourrait également argumenter qu'une différenciation « raisonnable » n'est pas de la discrimination.

#### *1.4 Le traitement conforme au droit international*

Quelques traités bilatéraux prévoient une disposition qui exige au pays d'accueil d'accorder aux investissements couverts par le traité un traitement pas moins favorable que celui exigé par le droit international<sup>233</sup>. Ainsi, le traité entre la Belgique-Luxembourg et la Malaisie, dans son article 3 précise que le traitement juste et équitable « ne pourrait en aucun cas être moins favorable que celui reconnu par le droit international<sup>234</sup> ».

Cette disposition assure que le traité offre au moins le standard minimum de protection exigé par le droit international. De cette manière, le traitement d'un investissement par un pays d'accueil qui tombe en dessous du standard du droit international serait une violation du traité bilatéral. En outre, la présence de cette disposition dans un traité d'investissement permettrait d'invoquer, en cas de conflit, les principes du droit international applicables à l'investissement<sup>235</sup>. En particulier un certain nombre de pays en développement considèrent que le concept du minimum de standard international a été souvent employé dans le passé pour assurer un traitement privilégié aux étrangers pour exploiter leurs ressources

---

<sup>233</sup> Par exemple les traités conclus par l'Union économique de Belgique-Luxembourg, par la France et par les Etats-Unis

<sup>234</sup> La même clause apparaît également dans quelques traités signés entre les pays latino-américains, tels que le traité entre le Brésil et le Chili, entre le Venezuela et l'Equateur, etc.

<sup>235</sup> UNCTC – *Bilateral Investment Treaties*, United Nations Publications, 1988

naturelles et aussi pour justifier l'intervention militaire de leurs pays d'origine<sup>236</sup>.

Pour cette raison, le contenu et l'applicabilité de certaines normes internationales aux investissements étrangers ont fait l'objet de débats dans les forums multilatéraux<sup>237</sup>, car les traités bilatéraux d'investissement, ne prennent aucune position sur la question du contenu du droit international applicable à l'investissement étranger<sup>238</sup>. Ainsi, cette disposition peut servir comme « clause de choix » au mécanisme de règlement des différends du traité, pour le cas où ces mécanismes ne soient pas régis par une clause plus spécifique<sup>239</sup>. Puisque l'investissement ne peut pas être traité d'une manière moins favorable que celle exigée par le droit international, la résolution de tout conflit au sujet du traitement de l'investissement dans le cadre d'un traité bilatéral serait nécessairement gouvernée par les dispositions du droit international.

## 2. Les normes relatives

Les traités bilatéraux d'investissements utilisent deux clauses différentes dans le but de prévenir le traitement discriminatoire des investissements. Il s'agit de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) (2.1) et la clause ou le standard du traitement national (TN) (2.2). On examinera plus loin l'applicabilité de ces deux types de traitement dans les traités bilatéraux (2.3), et aussi les exceptions à ces deux standards de traitement (2.4).

---

<sup>236</sup> SORNARAJAH M. – *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, op.cit.p.33

<sup>237</sup> UNCTC-International Chamber of Commerce – *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, United Nations Publications, 1992

<sup>238</sup> DOLZER R. ; STEVENS M. – *Bilateral Investment Treaties*, The Hague: Kluwer Publisher, 1995, p. 37

<sup>239</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.57

## 2.1 La clause du traitement de la nation la plus favorisée (NPF)

Cette clause garantit que l'investissement des ressortissants et des entreprises d'une partie contractante dans le territoire de l'autre partie contractante ne sera pas traité moins favorablement que l'investissement des ressortissants ou des entreprises de tout autre pays tiers<sup>240</sup>. Ainsi, une clause NPF prévient un pays d'imposer des conditions aux investissements de l'autre partie contractante qui sont moins favorables que celles octroyées aux investissements d'un pays tiers<sup>241</sup>. Egalement, elle signifie que, dans la situation où une des parties donne un avantage spécial ou privilège l'investissement d'un pays tiers, la partie en question doit accorder le même avantage ou privilège à l'investissement de ses partenaires du traité.

Ainsi, selon les études CNUCED, dans les traités on la retrouve sous la formulation suivante :

### *« Nation la plus favorisée »*

1. Les investissements des ressortissants ou des compagnies d'un Etat Contractant sur le territoire de l'autre Etat Contractant devraient (...) ne pas faire l'objet d'un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements des ressortissants ou des compagnies des Etats tiers. (...)

3. La disposition dans ce Traité concernant le traitement pas moins favorable que celui accordé aux investissements des tiers Etats ne devrait pas être interprétée pour obliger une Partie Contractante à étendre aux investisseurs de l'autre Partie Contractante les avantages de tout traitement, préférence ou privilège en vertu de:

---

<sup>240</sup> CNUCED – *Problèmes et questions concernant les accords bilatéraux d'investissement dans la perspective de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral sur l'investissement*, Genève, 1997, p.19

<sup>241</sup> KHALIL M – op.cit.p.348

a. toute union douanière, zone de libre échange, marché commun ou union monétaire, ou toute convention internationale similaire ou d'autres formes de coopération régionale, présentes ou futures, dans lesquelles chacune des Parties Contractantes pourrait devenir une partie; ou l'adoption d'un accord conçu pour accomplir la formation ou l'expansion d'une telle union ou zone dans un délai raisonnable; ou

b. toute convention internationale ou accord concernant entièrement ou principalement la fiscalité, ou toute législation nationale concernant entièrement ou partiellement la fiscalité<sup>242</sup> ».

Un autre exemple de la clause de la nation la plus favorisée, dans une autre formulation, mentionne ainsi :

« (...) 2. Les investissements des investisseurs de chaque Etat Contractant dans le territoire de l'autre Etat Contractant ne devraient pas faire l'objet d'un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements des investisseurs des Etats tiers.

3. Sans contredire les dispositions du paragraphe 2 de cet Article, un Etat Contractant, qui a conclu avec un ou plusieurs autres Etats un accord concernant la formation d'une union douanière ou zone de libre échange, devrait être libre pour accorder un traitement plus favorable aux investissements des investisseurs de l'Etat ou des Etats, qui font également partie de l'accord en question, ou aux investisseurs de l'un de ces Etats. Un Etat Contractant devrait également être libre pour accorder un traitement plus favorable aux investissements des investisseurs des autres Etats, si cela est stipulé dans les traités bilatéraux conclus avec ces Etats avant la date de signature du présent Accord<sup>243</sup> ».

Une formulation différente, qui pourrait susciter une autre interprétation, précise comme suit :

« Ni l'une ni l'autre des Parties Contractantes ne devrait, sur son territoire, imposer aux activités des entreprises dans lesquelles de tels

---

<sup>242</sup> Traité bilatéral entre le Chili et la Malaisie, 1992, article 3.

<sup>243</sup> Traité bilatéral entre la Chine et la Suède, 1982, article 2.

investissements approuvés sont faits par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie Contractante, des conditions qui sont moins favorables que celles imposées sur son territoire aux activités liées aux entreprises similaires possédées par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie Contractante ou des ressortissants ou sociétés des pays tiers<sup>244</sup> ».

La clause du traitement de la nation la plus favorisée est un standard conçu pour les traités qui a ses origines dans les accords commerciaux où elle a été formulée et appliquée sur les bases de la réciprocité<sup>245</sup>.

Cependant, plus récemment, on a assisté à son application sans conditions<sup>246</sup>. Ce traitement est le régime juridique réservé particulièrement à un pays. Ainsi, les mesures prises à son égard seront forcément plus avantageuses que celle destinées à d'autres. C'est pourquoi cette clause est utilisée fréquemment afin de bénéficier des mesures avantageuses ou des concessions obtenues par un précédent signataire. Toutefois, il faut préciser que les pays signataires, pour préserver une certaine cohésion, prévoient une clause qui traite des exceptions, dans le but de sauvegarder les avancées obtenues souvent dans une sphère régionale au moyen d'accords régionaux.

## *2.2 Le traitement national (TN)*

Le traitement national (TN) est le régime juridique s'appliquant aux ressortissants et aux nationaux d'une partie contractante. Ainsi, les investisseurs locaux peuvent bénéficier de mesures favorables dans le

---

<sup>16</sup> Traité bilatéral entre le Danemark et l'Indonésie, 1968, article 3

<sup>245</sup> KLINE J. ; LUDEMA R. – « Building a multilateral framework for investment : comparing the development of trade and investment accords », *Transnational Corporations*, 1997, vol.6, no.3, p.11

<sup>246</sup> UNCTC – *Key Concepts in International Investment Agreements and Their Relevance to Negotiations on International Transactions in Services*, United Nations Publications, 1990, p.26



domaine de l'investissement, telles que des exemptions d'impôt ou d'autres allègements fiscaux. Cette disposition garantit que l'investissement des ressortissants et des entreprises d'une partie contractante dans le territoire de l'autre partie contractante recevra dans le pays d'accueil un traitement pas moins favorable que le traitement accordé aux investissements des ressortissants ou entreprises de ce même pays d'accueil<sup>247</sup>.

Un dès premiers exemples d'une formulation du standard du traitement national stipule ainsi:

« 1. Les investissements détenus par, ou sous le contrôle des ressortissants ou des entreprises de chaque Partie Contractante dans le territoire de l'autre Partie Contractante ne devraient pas disposer d'un traitement moins favorable que celui accordé par cette Partie à tous autres investissements similaires sur son territoire.

2. Aucune des Parties Contractantes ne devrait soumettre les activités des ressortissants ou des entreprises de l'autre Partie Contractante, liées à leurs investissements, aussi bien la gestion, l'emploi ou la jouissance de tels investissements, à des conditions moins favorables que celles imposées aux activités liées à tout autre investissement similaire sur son territoire<sup>248</sup> ».

Un exemple plus récent mentionne comme suit :

« 1. Aucune des Parties Contractante ne devrait soumettre, sur son territoire, l'investissement ou les bénéfices (des investissements) des ressortissants ou entreprises de l'autre Partie Contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux bénéfices (des investissements) de ses propres ressortissants (...).

2. Aucune des Parties Contractante ne devrait soumettre, dans son territoire, les ressortissants ou entreprises de l'autre Partie

---

<sup>247</sup> DOLZER R. ; STEVENS M. – op.cit.p.39

<sup>248</sup> Traité bilatéral entre l'Allemagne et le Kenya, 1964, article 2

Contractante, en ce qui concerne la gestion, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui accordé à ses propres ressortissants...

3. Des avantages spéciaux accordés par une Partie Contractante uniquement à ses ressortissants et entreprises afin de stimuler la création des industries locales sont considérés compatibles avec cet Article, s'ils n'affectent pas de manière significative l'investissement et les activités liées à l'investissement des ressortissants et des entreprises de l'autre Partie Contractante<sup>249</sup> ».

Le principe du traitement national a été employé dans deux contextes différents: aux termes des accords internationaux, le principe du traitement national établi par des dispositions expresses cherche à assurer que, par rapport aux nationaux, aucun traitement moins favorable ne sera accordé aux étrangers et aussi bien à leur propriété<sup>250</sup>. D'autre part, le principe du traitement national constitue aussi une des doctrines de droit international, la doctrine Calvo, soutenue et appliquée par quelques pays en développement pour le traitement des étrangers et de leurs propriétés. Dans ce contexte, le principe du traitement national entend fournir seulement l'égalité de traitement pour les étrangers et les nationaux, et aussi établir qu'aux étrangers ne sera pas accordé un traitement plus favorable<sup>251</sup>.

Dans la pratique des traités bilatéraux d'investissements, le concept du traitement national est employé fréquemment dans sa première signification. Toutefois, on devrait noter que l'expression du « traitement pas moins favorable » pourrait permettre d'accorder un traitement préférentiel aux investisseurs étrangers par rapport aux entreprises nationales, raison pour laquelle quelques pays ont voulu remplacer cette expression par « traitement similaire » ou « même traitement »<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Traité bilatéral entre la Jamaïque et la Grande Bretagne, 1987, article 3

<sup>250</sup> KHALIL M. – op.cit.p.348

<sup>251</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.59

<sup>252</sup> UNCTC (1990) – op.cit.p.28-30

Il ne faut pas perdre de vue que le principe du traitement national est un principe très important pour les pays d'origine, mais il est un sujet d'inquiétude pour la plupart des pays d'accueil, puisqu'un tel traitement peut permettre à des entreprises étrangères de concurrencer l'économie locale, au détriment des entreprises autochtones. Ce souci est accentué dans les pays en développement, puisque leurs entreprises nationales pourraient être particulièrement vulnérables à la concurrence, et surtout face aux grandes entreprises transnationales<sup>253</sup>.

En général, les gouvernements du pays d'accueil ont parfois des politiques et des programmes spéciaux qui accordent des avantages et des privilèges aux entreprises nationales afin de stimuler leur croissance. Cependant, si la clause du traitement national dans un traité bilatéral oblige un pays d'accueil à accorder les mêmes privilèges et bénéfices aux investisseurs étrangers, de cette manière le gouvernement renforcerait en effet la capacité des investisseurs étrangers à concurrencer les entreprises locales <sup>254</sup>. Pour résoudre cette difficulté, les pays en développement ont souvent pensé à bien définir ou limiter l'application du traitement national, pendant les négociations, et à pouvoir ainsi éviter les effets potentiellement les plus néfastes du traitement national sur le pays d'accueil.

### *2.3 L'applicabilité des normes relatives de traitement*

D'une manière générale, dans le passé, l'idée prédominante suggérerait qu'un pays était plus susceptible de favoriser ses propres ressortissants, et donc une disposition pour le traitement national serait habituellement plus avantageuse aux investisseurs étrangers que la clause de la nation la plus favorisée<sup>255</sup>. Toutefois, dans certains

---

<sup>253</sup> OCDE (1985) – op.cit.p.39

<sup>254</sup> CNUCED – *Incentives and Foreign Direct Investment*, United Nations Publications, 1996d

<sup>255</sup> DOLZER R. STEVENS M. – op.cit.p.40

contextes, les pays peuvent traiter l'investissement étranger plus favorablement que l'investissement local. Par conséquent, puisque dans des cas particuliers une forme de traitement peut être supérieure à l'autre, beaucoup de traités bilatéraux exigent que les pays d'accueil fournissent à l'investissement étranger les deux formes de traitement.

Selon la CNUCED, un exemple caractéristique de cette approche mentionne comme suit :

« 1. Aucune des Parties Contractantes ne devrait soumettre, sur son territoire, les investissements ou les bénéfices sur les investissements, des investisseurs de l'autre Partie Contractante, au traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux bénéfices de ses propres investisseurs ou aux investissements ou bénéfices des investisseurs de tout autre Etat tiers.

2. Aucune des Parties Contractante ne devrait soumettre, sur son territoire, les investisseurs de l'autre Partie Contractante, en ce qui concerne leur gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements, au traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout autre Etat tiers<sup>256</sup> ».

Ainsi, l'implication serait que, lorsque les deux traitements sont exigés, le pays d'accueil doit appliquer la forme de traitement qui, selon les circonstances, est la plus favorable.

Un certain nombre d'accords bilatéraux<sup>257</sup> l'indique explicitement. Ainsi, dans le traité bilatéral signé entre l'Arménie et les Etats-Unis, il est mentionné que :

« Chaque Partie devrait permettre et traiter l'investissement, et les activités qui lui associées, sur une base pas moins favorable que celle accordée, dans des situations similaires, aux investissements ou

---

<sup>256</sup> Traité bilatéral entre la Hongrie et l'Israël, 1991, article 3

<sup>257</sup> Les traités bilatéraux conclus par l'Allemagne, les Pays-Bas et Etats-Unis

activités associées de ses propres ressortissants et entreprises ou de tout autre pays tiers, qui est la plus favorable, sous réserve du droit de chaque Partie à faire ou à maintenir des exceptions appartenant à un des secteurs ou des questions énumérés dans l'Annexe à ce Traité.

Chaque Partie accepte d'informer l'autre Partie, avant ou à la date de l'entrée en vigueur de ce Traité, de tous les lois et règlements à prendre en compte concernant les secteurs ou les questions mentionnés dans l'Annexe.

En outre, chaque Partie accepte d'informer l'autre sur toute exception future, dans le respect des secteurs ou questions énumérés à l'Annexe, et de limiter de telles exceptions au minimum. Toute future exception d'une Partie ou de l'autre ne devrait pas s'appliquer à l'investissement déjà existant dans ces secteurs ou domaines lorsque cette exception devient effective.

Le traitement accordé [...], conformément à toutes les exceptions, sauf indication contraire dans l'Annexe, ne doit pas être moins favorable que celui accordé dans des situations similaires aux investissements et aux activités associées des ressortissants ou des entreprises de tout autre pays tiers.»<sup>258</sup>

Dans la zone de l'Amérique latine, un nombre important de traités ont été conclus en précisant qu'une partie contractante devrait accorder le traitement de la clause NPF aux investisseurs de l'autre partie contractante, si ce traitement est plus favorable que celui accordé à ces propres investisseurs<sup>259</sup>.

Souvent, les pays sont moins disposés à accorder le traitement national que le traitement de la clause de la nation la plus favorisée, parce qu'ils pourraient souhaiter se réserver le droit d'établir des discriminations en faveur de leurs investisseurs nationaux, sans se

---

<sup>258</sup> Traité bilatéral entre les Etats-Unis et l'Arménie, 1992, article II

<sup>259</sup> C'est le cas des traités entre l'Argentine et le Salvador, la Bolivie et le Pérou, le Chili et la Guatemala, le Chili et le Paraguay, le Chili et l'Uruguay, le Chili et la Venezuela, le Salvador et le Pérou, le Pérou et le Paraguay.

réserver le droit de discriminer seulement en faveur de certains investisseurs étrangers<sup>260</sup>.

De ce fait, alors qu'un certain nombre de traités bilatéraux ne garantit pas le traitement national aux investissements<sup>261</sup>, pratiquement chaque traité exige que l'investissement couvert par le traité reçoive le traitement de la clause de la nation la plus favorisée (NPF). D'un autre point de vue, certains pays comme l'Allemagne, accordent une telle importance au traitement national, qu'ils préféreraient ne pas signer un traité plutôt qu'omettre la clause du traitement national<sup>262</sup>.

On devrait noter, néanmoins, que les deux dispositions sont apparues dans les traités bilatéraux depuis le début des années soixante.

Une partie contractante d'un traité qui dispose de la clause NPF doit fournir aux investisseurs de l'autre partie contractante toute forme de traitement favorable qu'elle aurait accordé aux investisseurs d'un autre pays tiers. Ainsi, parce que pratiquement tous les traités bilatéraux prévoient une clause NPF, toute forme de traitement favorable accordée aux investisseurs étrangers par un pays d'accueil devrait être étendue, en principe, aux investisseurs de tout autre pays

---

<sup>260</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.60

<sup>261</sup> Les traités plus anciens conclus par La Norvège, la Suède, et la majorité des traités signés par la Chine. En ce qui concerne la Chine, jusqu'en 1990, elle n'a pas acceptée d'intégrer le traitement national dans les traités bilatéraux, bien qu'elle l'avait acceptée dans l'accord bilatéral signé avec l'Allemagne. Au début des années 90, la Chine, décidée de plus en plus à poursuivre les réformes économiques et son ouverture vers le monde, a commencée à inclure la clause du traitement national dans les traités bilatéraux, mais avec certaines précisions, dont la plus importante était que ce traitement devrait être limité aux lois et réglementations existantes. Depuis, à des dates plus récentes, cette précision est disparue et la clause du traitement national apparaît sans autres précisions, comme dans le traité bilatéral signé avec la République Coréenne. Vers 1996, en poursuivant le Rapport du Conseil d'Etat qui déclarait dans sa politique accorder aux étrangers entièrement le traitement national sur une procédure de pas à pas, la Chine a exprimé ses intentions d'adopter une politique de plus en plus ouverte sur ce sujet.

<sup>262</sup> KARL J. – «The Promotion and protection of German foreign investment abroad », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol.II, no.1, p.16

avec lequel le pays d'accueil a conclu un traité bilatéral qui contient une clause de la nation la plus favorisée.

L'effet de généralisation d'une clause NPF s'applique également, en principe, à la clause du traitement national d'un traité bilatéral: si un pays promet le traitement national à toute autre partie contractante d'un accord, alors toutes les autres parties contractantes de tous les traités auraient droit au traitement national en raison de la clause NPF<sup>263</sup>. Ainsi, alors qu'un certain nombre des traités ne prévoit pas explicitement la promesse du traitement national, les parties contractantes peuvent être obligées à fournir le traitement national à travers la clause du traitement de la nation la plus favorisée.

Pour l'essentiel, l'effet souhaité de la clause NPF serait de hausser le niveau de protection garanti dans chaque traité conclu par un pays, au niveau accordé par ce même pays dans un des ses traités qui offre le niveau le plus élevé de protection<sup>264</sup>. Il serait intéressant de discerner quelles entités ou activités ont droit au traitement de la clause la plus favorisée ou du traitement national.

Dans plusieurs traités bilatéraux c'est l'investissement qui bénéficie de la clause NPF ou du traitement national. Quelques traités les garantissent à l'investissement et aux bénéfices de l'investissement, tandis que d'autres les confèrent à l'investissement et aux activités liées à l'investissement ou à l'investissement et aux activités associées à l'investissement<sup>265</sup>.

Comme il a été mentionné précédemment, les termes « bénéfices » ou « activités associées » qui apparaissent dans les dispositions concernant le traitement de la clause NPF ou le traitement national,

---

<sup>263</sup> UNCTC (1988) – op.cit.p.41

<sup>264</sup> SORNARAJAH M. – op.cit.p.39

<sup>265</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.61

sont souvent définis ailleurs dans un traité bilatéral, à un autre chapitre.

Une définition spécifique des « activités associées » utilisées dans les traités bilatéraux employés par les Etats-Unis, mentionne ainsi:

« [...] l'établissement, le contrôle et l'entretien des branches, des bureaux et d'autres équipements pour diriger les affaires; l'organisation, l'acquisition, la gestion et la liquidation des compagnies; la fabrication, l'exécution et l'application des contrats; l'acquisition de la propriété; le crédit-bail de la propriété immobilière pour la conduite des affaires ; l'acquisition, l'entretien et la protection des droit d'auteurs, des brevets, marques et noms commerciaux, les secrets, les licences et d'autres droits de propriété industrielle et de l'emprunt des fonds<sup>266</sup> ».

De la même manière se pose la question du bénéficiaire du traitement NPF : serait-il l'investissement, l'investisseur, ou bien les deux ? Ainsi, une disposition qui mentionne « les entreprises et les activités des entreprises » semblerait exclure les investisseurs du traitement NPF, dans un domaine tel que la fiscalité. Pour prévenir contre ce résultat, quelques traités<sup>267</sup> prévoient des dispositions qui accordent la clause aussi bien à l'investisseur qu'à l'investissement. Cependant, dans un certain contexte, le terme « investissement » pourrait être interprété dans le sens de couvrir aussi « les investisseurs » en raison de la liaison très forte qui existe entre les deux<sup>268</sup>.

L'interprétation des dispositions de la clause NPF et du traitement national exige également de déterminer qu'elles sont les entités ou les activités qui peuvent servir d'élément de référence pour identifier le type de traitement à fournir. Par exemple, dans le cas du traitement national, la question soulevée serait de savoir si un investissement a le

---

<sup>266</sup> VANDEVELDE K. – « United States bilateral investment treaties : the second wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, vol.II, p.635

<sup>267</sup> Traité bilatéral entre la Jamaïque et le Royaume-Uni, de 1987

<sup>268</sup> SORNARAJAH M. – op.cit.p.40



droit de bénéficier d'un traitement aussi favorable que celui fourni, dans un autre traité, à un investissement d'entreprise publique.

La réponse à cette question se trouve souvent dans la définition du terme « entreprise ». Si celui-ci est défini pour inclure les entités publiques aussi bien que les entités privées, alors une disposition exigeant pour chaque partie contractante de fournir le traitement national devrait mentionner que l'investissement couvert devrait recevoir un traitement aussi favorable que celui accordé aux investissements des entreprises publiques du pays d'accueil<sup>269</sup>.

Très souvent les clauses NPF ou du traitement national sont limitées aux investissements qui sont réalisés « dans les mêmes circonstances » ou « dans des situations similaires » ou qui sont faits par « une entreprise de même type ». Dans la pratique de l'OCDE, par exemple, les critères spécifiques employés prévoient, au cas où les deux entreprises sont dans la même industrie, l'impact des objectifs politiques du pays d'accueil dans des domaines particuliers et la motivation existant derrière la mesure impliquée.<sup>270</sup> De toute façon, à moins que les normes NPF et du traitement national ne soient appliquées à deux entreprises identiques, les comparaisons sont en général problématiques<sup>271</sup>.

#### *2.4 Les exceptions au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement national*

Comme nous venons de le voir, l'étendue de l'applicabilité des standards NPF et du traitement national est limitée considérablement par leur définition. En outre, plusieurs traités bilatéraux cherchent à limiter l'obligation d'accorder la clause NPF ou du traitement national

---

<sup>269</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.62

<sup>270</sup> OCDE (1985) – op.cit.p.35

<sup>271</sup> UNCTC (1990) – op.cit.p.42

en précisant des conditions supplémentaires, des exceptions ou des dérogations.

Une exception à l'octroi de la clause NPF et du traitement national est due à des restrictions pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale. Par exemple, le protocole au traité modèle de l'Allemagne prévoit une exception au sujet des mesures « prises pour des raisons de sécurité et d'ordre public, de santé publique et de moralité<sup>272</sup> ».

Une deuxième exception relative au traitement NPF concerne les privilèges spéciaux accordés en vertu de l'appartenance d'un pays à une union douanière ou à une zone de libre échange<sup>273</sup>.

En général, les unions douanières et les zones de libre échange accordent un traitement favorable au commerce extérieur ainsi qu'aux investissements étrangers. L'effet de cette exception est de permettre à un pays d'étendre le traitement favorable à l'investissement des ressortissants et entreprises des autres pays de l'union douanière ou de la zone de libre échange auxquelles ils appartiennent, sans devoir étendre ce traitement à d'autres pays non membres d'une telle union ou zone de libre échange, avec lesquels celui-ci a des traités bilatéraux,.

L'octroi du traitement NPF dans un traité est devenu ainsi un souci non seulement pour les pays qui sont déjà des membres de tels groupements, mais également pour les pays d'accueil qui projettent d'entrer dans des arrangements spécifiques dans l'avenir<sup>274</sup>.

Une troisième exception liée au traitement NPF (et parfois au traitement national) concerne la fiscalité et elle s'applique au traitement accordé dans le cadre des traités internationaux ou de la législation nationale.

---

<sup>272</sup> KARL J. – op.cit.p.22

<sup>273</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.63

<sup>274</sup> KHALIL M. – op.cit.p.349

En d'autres termes, l'exception permet à un pays de fournir un traitement fiscal favorable à l'investissement des ressortissants ou des entreprises d'un autre pays, sans accorder le même traitement à l'investissement des ressortissants et des entreprises d'autres pays avec lesquels il a des traités bilatéraux. Par exemple, dans les traités, il est mentionné que les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement national « ne devraient pas être interprétées afin d'obliger une Partie Contractante à étendre aux investisseurs de l'autre Partie Contractante l'avantage de tout traitement, préférence ou privilège qui pourrait être étendu par cette première Partie Contractante en raison de [...] tout autre accord international ou législation nationale faisant référence entièrement ou principalement à la fiscalité»<sup>275</sup>.

Le motif de l'exception fiscale est que beaucoup de pays préfèrent aborder la question de la fiscalité internationale dans d'autres traités, à part, dont l'objectif spécifique est de régler les questions fiscales<sup>276</sup>. L'exception permet à un pays de conclure un traité fiscal accordant un traitement fiscal spécial à l'investissement d'un autre pays, en échange d'autres concessions, sans être concerné par le fait que d'autres pays auront le droit au même traitement en raison de la clause NPF de leurs traités bilatéraux<sup>277</sup>.

Une autre raison d'aborder les relations fiscales dans un traité séparé tient à la complexité des questions fiscales. En effet, elle pourrait rendre ces sujets impropres à les voir inclure dans les dispositions standardisés qui caractérisent les traités bilatéraux<sup>278</sup>.

Certains traités bilatéraux<sup>279</sup> appliquent la clause de la nation la plus favorisée seulement au traitement accordé par des traités conclus

---

<sup>275</sup> Traité bilatéral entre la République de Corée et la Mongolie, article 7(b)

<sup>276</sup> SORNARAJAH M. – op.cit. p.42

<sup>277</sup> UNCTC (1988) – op.cit. p. 51

<sup>278</sup> KHALIL M. – op.cit.p.349

<sup>279</sup> Par exemple, plusieurs traités conclus par la Suède permettent aux parties contractantes d'accorder le traitement aux termes des accords signés avant la signature du traité bilatéral, sans devoir étendre le même traitement à l'investissement couvert par les traités conclus ultérieurement.

ultérieurement à l'entrée en vigueur du traité dans lequel apparaît cette clause NPF<sup>280</sup>.

Un autre type d'exception appliquée aussi bien à la clause de la nation la plus favorisée qu'au traitement national, spécifique aux traités signés par les Etats-Unis, concerne l'exclusion de certaines industries de leur champ d'application<sup>281</sup>. Ces traités<sup>282</sup> autorisent les parties contractantes, au moment de la signature du traité, de spécifier dans une annexe certaines industries auxquelles l'obligation de fournir le traitement national ou le traitement NPF (pour l'entrée et l'établissement et aussi l'après établissement d'un investissement) devrait ne pas s'appliquer.

Comme nous l'avons précisé au sujet des procédures d'admission des investissements, un bon nombre de traités prévoient la possibilité de dérogation du traitement NPF et du traitement national dans les dispositions régissant la procédure d'admission. Ainsi, il est précisé que :

« (d) Dans l'intérêt de l'économie nationale chaque Partie Contractante peut, en approuvant un investissement des ressortissants ou des entreprises de l'autre Partie Contractante, faire des précisions spécifiques dérogeant du traitement prévu à l'Article 2. Si des précisions spécifiques de cette nature ont été faites, les dispositions de l'Article 2 devraient, dans ce sens, ne pas s'appliquer. Pour que ces précisions spécifiques soient effectives, elles devraient être détaillées dans le document d'approbation (paragraphe 2)»<sup>283</sup>.

Bien que le principe du traitement national soit très important pour les pays d'origine, il reste un sujet d'inquiétude pour la plupart des pays d'accueil, notamment pour les pays en développement. En même temps, la clause de la nation la plus favorisée, est moins

---

<sup>280</sup>CNUCED (1999) – op.cit. p.63

<sup>281</sup> VANDEVELDE K. – op.cit.p.655

<sup>282</sup> Un exemple est le traité bilatéral avec l'Arménie.

<sup>283</sup> Protocole au traité bilatéral entre l'Allemagne et l'Ouganda

problématique pour les pays en développement en termes d'effets potentiels sur les entreprises nationales. Cependant, elle peut avoir des conséquences de grande envergure et souvent imprévisibles sur les standards de traitement pour les investisseurs des pays tiers, y compris accorder indirectement le traitement national aux entreprises des pays tiers. Par conséquent, afin d'éviter les difficultés d'interprétation, les gouvernements doivent trouver les formulations les plus appropriées pour les dispositions la concernant.

## C. La protection et la garantie des investissements

Comme il a été précisé au début du chapitre, une des raisons principales pour laquelle beaucoup des pays développés ont pris l'initiative de conclure des traités bilatéraux pendant les années 60 était de protéger leurs investissements à l'étranger.

La protection des investissements définie comme « l'ensemble des principes et des règles, de droit international comme de droit interne, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou de réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance de l'investissement international<sup>284</sup> ».

Le régime de la protection est intimement lié à la notion de souveraineté permanente, et ses règles et principes, édictés par le droit interne de l'Etat de territorialité de l'investissement, recouvrent l'ensemble des problèmes de l'expropriation et de la nationalisation. Ainsi, les Etats de nationalité des investisseurs, surtout des pays développés, ne veulent pas dépendre des choix effectués par les pays du Sud. De ce fait les clauses destinées à protéger les investissements dans les traités bilatéraux présentent une importance particulière. Il s'agit, en général, des dispositions ayant pour objet de prévenir les

---

<sup>284</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – *Droit International Economique*, 4<sup>e</sup> Edition, 1998, p.483

investissements contre l'expropriation (1), contre la guerre et les désordres civils (2), pour le transfert des paiements (3), des clauses de protection spécifique (4) et aussi d'autres dispositions concernant des exceptions générales (5).

## 1. Les clauses de protection contre l'expropriation

L'expropriation constitue un élément critique dans les relations d'investissement à l'étranger, et sur ce sujet il existe une très riche bibliographie<sup>285</sup>. En général, les traités décrivent les conditions dans lesquelles l'expropriation peut avoir lieu. La définition étendue de l'investissement qui apparaît dans la plupart des traités a dans ce cas une importance particulière.

Au fil du temps, des efforts importants ont été déployés afin de faire la distinction entre les termes employés par le droit international coutumier, notamment entre l'expropriation et la nationalisation. D'un côté, par exemple, le terme « nationalisation » fait référence à la saisie d'une industrie entière d'une économie en tant qu'élément d'un changement de politique économique, alors que « l'expropriation » se rapporte à la préhension d'une propriété particulière par un pays.<sup>286</sup>

Généralement ces deux termes ne sont pas définis dans les traités bilatéraux. Les dispositions d'un traité sur l'expropriation s'appliquent plutôt aux actions d'un pays qui altèrent sensiblement la valeur d'un investissement, indépendamment du fait qu'elles relèvent d'un événement isolé ou qu'elles font partie d'un important changement structurel dans l'économie<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> FRIEDMAN S. – *Expropriation in International Law*, Stevens Publisher, London, 1953; FOIGHEL I. – *Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, Stevens Publisher, London, 1957; DOLZER R. – « New foundations of the law of expropriation of alien property », *American Journal of International Law*, 1971, vol.75 ; et autres.

<sup>286</sup> DOLZER R. ; MARGRETE S. – *Bilateral Investment Treaties*, The Hague :Kluwer Publisher, 1995, p.57

<sup>287</sup> CNUCED – *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Genève, 1999, p.65

Un nombre important de traités déclarent expressément ainsi : « l'expropriation, la nationalisation, les restrictions ou toutes autres mesures, dont l'effet serait équivalent à l'expropriation, à la nationalisation ou à la restriction<sup>288</sup> ». D'autres évoquent des « mesures ayant l'effet équivalent à la nationalisation et à l'expropriation<sup>289</sup> ».

La conséquence d'un langage aussi ouvert a été que la plupart des traités bilatéraux appliquaient également les dispositions d'expropriation aux situations « d'expropriation indirecte », bien qu'il existe quelques traités qui font référence explicitement à l'expropriation indirecte<sup>290</sup>. Ainsi, des traités mentionnent des « mesures d'expropriation ou de nationalisation ou tout autre mesure dont l'effet serait une dépossession directe ou indirecte<sup>291</sup> ».

L'expropriation indirecte se produit quand le pays prend une mesure qui altère sensiblement la valeur d'un investissement sans s'attaquer nécessairement à la propriété de l'investissement<sup>292</sup>. De la même manière, l'expropriation indirecte peut se produire bien que le pays d'accueil désavoue toute intention d'exproprier l'investissement et caractérise ses actions comme étant quelque chose d'autre que l'expropriation<sup>293</sup>.

Certains pays sont plus explicites sur la signification de l'expropriation indirecte, comme par exemple, l'Allemagne, qui précise : « L'expropriation devrait signifier tout enlèvement ou restriction équivalente à l'enlèvement de tout droit de propriété qui en soi ou en conjonction avec d'autres droits constituent un investissement<sup>294</sup> ».

---

<sup>288</sup> Traité bilatéral entre l'Égypte et le Japon, article V

<sup>289</sup> Traité bilatéral entre la République de Corée et le Sri Lanka, article 7

<sup>290</sup> DOLZER R. – « Indirect expropriation of alien property », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, 1986, vol.1, p.41-65

<sup>291</sup> Exemple le traité bilatéral entre la France et la Pakistan, article 5

<sup>292</sup> DOLZER R.(1986) – op.cit.p.45

<sup>293</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.66

<sup>294</sup> KARL J. – op.cit.p.27

Quelques traités conclus par les Etats-Unis mentionnent que ces mesures incluent, en particulier, mais ne sont pas limitées à « l'augmentation de la fiscalité, la vente obligatoire de tout ou des parties de l'investissement, ou l'altération de la gestion, du contrôle ou de la valeur économique d'une entreprise<sup>295</sup> ».

De nombreux traités sont censés appliquer la clause d'expropriation aux situations « d'expropriation progressive<sup>296</sup> ». Ce terme fait référence à une expropriation réalisée par une série d'actes étalés sur une période de temps. Chacun de ces actes pris tout seul pourrait apparaître comme une action régulatrice légitime, mais finalement leur effet cumulatif serait de détruire sensiblement la valeur d'un investissement<sup>297</sup>. Dans cette situation, le traité bilatéral considère l'investissement comme ayant été exproprié.

Généralement les traités bilatéraux imposent certaines conditions pour qu'une expropriation soit considérée comme légale. Pratiquement tous les traités bilatéraux ont adopté, avec quelques variations, la règle traditionnelle du droit international selon laquelle un Etat ne peut pas exproprier la propriété d'un étranger, à moins de le faire dans un but public, d'une manière non discriminatoire, avec le paiement d'une compensation, et en conformité avec les procédures légales<sup>298</sup>. Les différents éléments de la règle traditionnelle ont pris diverses formulations dans différents traités, plus ou moins protectrices des intérêts de l'investisseur.

Pour donner un exemple, une clause qui renforce les intérêts de l'investisseur précise ainsi :

« *Expropriation*

---

<sup>295</sup> VANDEVELDE K. – *United States Investments Treaties : Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992, p.31

<sup>296</sup> DOLZER R. (1986) – op.cit.p.48

<sup>297</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.66

<sup>298</sup> UNCTC – *Bilateral Investment Treaties*, United Nations Publications, 1988, p.69



1. Les investissements des ressortissants ou des entreprises de chaque Partie Contractante ne devraient pas être nationalisés, expropriés, ou sujets aux mesures ayant l'effet équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation (ci-après désignée sous le nom de l'expropriation) dans le territoire de l'autre Partie Contractante, à l'exception du but public lié aux besoins internes de cette Partie et contre une compensation prompte, adéquate et effective. Une telle compensation devrait s'élever à la valeur marchande de l'investissement exproprié juste avant l'expropriation ou avant que l'expropriation soit de connaissance publique, devrait inclure des intérêts au taux commercial normal jusqu'à la date du paiement, devrait être faite sans tarder, c'est-à-dire réalisable effectivement et librement transférable.

Selon la loi de la Partie Contractante faisant l'expropriation, le ressortissant ou l'entreprise affectée devrait avoir le droit, à une prompte révision, par une autorité juridique ou autre autorité indépendante de cette Partie, de son cas et de l'évaluation de son ou de ses investissements en conformité avec les principes présentés dans ce paragraphe.

2. Lorsqu'une Partie Contractante exproprie les biens d'une entreprise qui est incorporée ou constituée selon la loi en vigueur sur n'importe quelle partie de son propre territoire, et dans laquelle le ressortissant ou les entreprises de l'autre Partie Contractante détiennent des actions, elle devrait s'assurer que les dispositions du paragraphe (1) de cet Article soient appliquées avec l'étendue nécessaire pour garantir la compensation prompte, adéquate et effective, dans le respect de leur investissement, à ces ressortissants ou entreprises de l'autre Partie Contractante qui sont les propriétaires de ces actions<sup>299</sup> ».

Une formulation qui est moins protectrice pour l'investisseur se présente ainsi :

---

<sup>299</sup> Traité entre le Costa Rica et l'Angleterre, 1982, article 5

« 2. Les investissements et les bénéfices des ressortissants et des entreprises de chaque Partie Contractante ne devraient pas faire l'objet de l'expropriation, de la nationalisation ou toute autre mesure dont les effets seraient similaires à l'expropriation ou à la nationalisation, dans le territoire de l'autre Partie Contractante, à moins que de telles mesures soient prises pour un but public et en conformité avec les lois et les règlements, ne soient pas discriminatoires, et qu'elles soient prises contre compensation.

3. La compensation mentionnée dans la disposition du paragraphe 2 du présent article devrait être telle pour placer les ressortissants et les entreprises dans la même position financière que celle dans laquelle ils (les ressortissants et les entreprises) auraient été si l'expropriation ou la nationalisation, mentionnée dans les dispositions du paragraphe 2 du présent article, n'avait pas été opérée. Une telle compensation devrait être réalisable effectivement et librement transférable au taux de change en service à la date utilisée pour la détermination du montant de la compensation.

4. Les ressortissants et les entreprises de chaque Partie Contractante dont les investissements et les bénéfices sont sujets à l'expropriation, à la nationalisation ou à tout autre mesure dont les effets seraient similaires à l'expropriation ou à la nationalisation, devraient avoir le droit d'accès à la cour de justice compétente et aux tribunaux et agences administratives de l'autre Partie Contractante [...]

5. Le traitement accordé par chaque Partie Contractante dans son territoire aux ressortissants et aux entreprises de l'autre Partie Contractante dans le respect des dispositions des paragraphes 1 à 4 du présent article, devrait ne pas être moins favorable que celui accordé aux ressortissants et aux entreprises de tout autre pays tiers<sup>300</sup> ».

---

<sup>300</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Japon, de 1988, article 5

Bien que dans les deux articles présentés soient employés les mêmes éléments, il y a beaucoup de différences entre eux. Ainsi, presque tous les traités bilatéraux exigent que l'expropriation soit faite dans un but public ou, dans quelques traités, dans l'intérêt public. Dans la pratique, cette condition impose peu de restrictions au pays qui réalise l'expropriation.

En principe, dans le droit international, il n'existe pas une définition bien établie et agréée sur l'expropriation pour des raisons d'intérêt public, ce qui fait que dans le monde contemporain, les pays soient peu enthousiastes pour s'interroger sur la détermination d'un certain autre pays de ce qui est un but public, et les tribunaux internationaux préfèrent s'en remettre à la détermination du pays d'accueil<sup>301</sup>. Cependant, quelques commentateurs ont essayé de formuler des hypothèses sur des situations qui violeraient cette condition, comme par exemple, l'expropriation en tant qu'acte de représailles politiques, qui ne peut pas être justifiée par des raisons d'intérêt public<sup>302</sup>. Quelques pays, peu nombreux, ont inclus dans le texte des traités bilatéraux quelques limites à la définition de l'intérêt public, comme par exemple, le traité entre le Costa Rica et le Royaume-Uni, vu plus haut, qui exige que l'expropriation soit faite pour un but public « lié aux besoins internes » du pays d'accueil. Cette précision devrait empêcher un pays d'accueil de prendre la propriété étrangère pour des raisons de politique étrangère<sup>303</sup>.

Plusieurs traités exigent que l'expropriation de tout investissement soit *non discriminatoire*. Quelques opinions sur la question semblent supposer que cette disposition concernerait en particulier les expropriations fondées sur la nationalité, la race ou

---

<sup>301</sup> UNCTC (1988) – op.cit. p.71

<sup>302</sup> HUU-TRU N. – « La validité internationale des mobiles d'expropriation », *Revue Belge de Droit International*, 1990, vol.23, p.446

<sup>303</sup> Une disposition similaire est également trouvée dans les traités bilatéraux signés par le Danemark et l'Angleterre.

l'origine nationale<sup>304</sup>, mais en fait la disposition interdit toute expropriation qui traite les investisseurs différemment sans justification légitime.

Tous les traités bilatéraux exigent le paiement d'une indemnisation pour l'expropriation, et cette condition est sans doute au cœur de la disposition d'expropriation dans la plupart des traités. A titre préliminaire, le droit international contient une obligation coutumière d'indemniser un étranger exproprié. Tandis que l'obligation même n'est pas généralement remise en cause, les critères pour déterminer le montant de l'indemnisation, qui pourrait constituer une compensation pour l'expropriation de la propriété, ont fait l'objet des nombreuses discussions, notamment sous l'égide de la Banque Mondiale<sup>305</sup>. « La détermination des conditions d'indemnisation d'un investissement exproprié constitue à l'évidence le nœud gordien du droit international en la matière<sup>306</sup> ».

Les normes internationales concernant la compensation ont été établies par la communauté des Etats au 19<sup>e</sup> siècle. Elles se sont reflétées dans la soi-disant formule de Hull de « compensation prompte, adéquate et effective », et elles ont été mises en question pour la première fois par les révolutions soviétiques et mexicaines, et plus tard, par le processus de décolonisation qui a suivi la Seconde Guerre mondiale<sup>307</sup>.

Les pays exportateurs des capitaux ont exprimé leur position dans l'article 3 du Projet de l'OCDE<sup>308</sup>. Les pays en développement,

---

<sup>304</sup> OCRAN M. – « Bilateral Investment Treaties: a comparative study », *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1987, vol.8, p.407

<sup>305</sup> WORLD BANK – *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment : Survey of Existing Instruments*, 1992, vol.I, p.41

<sup>306</sup> LAVIEC JP. – op.cit.p.189

<sup>307</sup> La règle en matière d'indemnisation a été formulée pour la première fois par le Secrétaire d'Etat américain Hull dans les notes à l'Ambassadeur du Mexique en 1938.

<sup>308</sup> OCDE – *Council Resolution of 12 October 1967 on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, *International Legal Materials*, vol.7, p.123

comme il a déjà été précisé, ont argumenté dans différents forums multilatéraux que ces normes étaient contraires à leurs intérêts.

A la place, ils proposaient des normes correspondants à une compensation « appropriée », qui laisserait au pays d'accueil un plus de flexibilité pour déterminer l'indemnisation à payer, en tenant compte des circonstances spécifiques de chaque cas. Ce point de vue a été reflété, par exemple, dans l'article 2, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats<sup>309</sup>.

Il faut préciser pourtant que, pour arriver à signer des traités bilatéraux, plusieurs pays en développement étaient préparés à accepter des énoncés pour le standard de l'indemnisation proches de la formule de Hull, dans le but d'attirer des investissements directs étrangers de partenaires économiques sélectionnés. Dans des traités récents, cependant, les expressions relatives à la compensation sont tout à fait différentes.

La plupart des traités bilatéraux emploient la règle traditionnelle selon laquelle cette indemnité doit être « prompte, adéquate et effective ». Elle apparaît dans les traités modèles proposés par les Etats-Unis et le Royaume-Uni, entre autres, et elle a été également employée dans un certain nombre de traités entre les pays en développement. Si la formule de Hull n'a pas été peaufinée davantage, elle pourrait faire l'objet de différentes interprétations sur le sens des termes « adéquate », « prompte » et « effective »<sup>310</sup>. C'est pour cette raison que plusieurs traités bilatéraux définissent la signification de ces mots, dont le traité entre le Costa Rica et le Royaume-Uni en est un exemple, comme nous avons pu le constater plus haut<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.57

<sup>310</sup> UNCTC (1988) – op.cit.p.72

<sup>311</sup> DENZA E. ; SHELAGH B. – « Investment protection treaties : United Kingdom experience », *International and Comparative Law*, 1987, vol.36, p.912

D'autres traités emploient une terminologie différente qui néanmoins pourrait mener aux mêmes résultats. Un traité pourrait exiger, par exemple, le paiement de la « valeur entière » ou « d'une indemnité juste ». Le terme « indemnité juste » a été employé pour la première fois dans les « traités d'amitié et commerce » des Etats-Unis (FCN treaties) entre les deux guerres mondiales, et il venait du cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis, où il indique une valeur marchande correcte<sup>312</sup>. Dans le même sens, cet énoncé est fréquemment interprété dans la signification d'une valeur marchande correcte, établie toute juste avant la date de l'expropriation, ou avant la date quand elle est devenue publique.

Selon les études de la CNUCED, une variation significative du standard « de connaissance publique » se retrouve dans les traités bilatéraux signés par la Jamaïque, dans lesquels pour s'assurer que la date pour déterminer la valeur marchande est la même que celle pour annoncer l'expropriation officielle par le Gouvernement, sont employées les expressions « a été fait connu par les autorités » ou « a été annoncé officiellement ». En outre, pour éviter que cette valeur marchande soit entamée, les traités jamaïquains contiennent la clause suivante : « Pour déterminer la valeur marchande les Parties Contractantes acceptent d'accorder l'importance due à tout facteur qui pourrait affecter la valeur avant que l'acquisition obligatoire soit rendue publique par les autorités<sup>313</sup> ».

Aussi, la plupart des traités conclus par l'Allemagne, et qui suivent le traité modèle allemand, expliquent que « l'indemnité devrait être équivalente à la valeur de l'investissement exproprié juste avant la date à laquelle l'expropriation ou la nationalisation a été publiquement annoncée ». Ensuite, dans le protocole, il est expliqué que « valeur » signifie la valeur marchande, et que si cette dernière ne peut pas être

---

<sup>312</sup> WALKER H. – « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, 1958, vol.42, p.812

<sup>313</sup> Traité bilatéral entre la Jamaïque et la Grande Bretagne, article 6

déterminée, d'autres « critères de valeur » seront appliqués<sup>314</sup>. Le modèle A de AALCC prévoit que l'indemnité doit être établie « selon les principes d'évaluation reconnus, tels que la juste valeur marchande<sup>315</sup> ».

Lorsque la valeur marchande ne peut pas être connue facilement, l'indemnité devrait être déterminée « selon des principes équitables, tenant compte entre autres, du capital investi, de la dépréciation, du capital déjà expatrié et d'autres facteurs importants<sup>316</sup> ». La valeur marchande (ou les concepts analogues tels que la juste valeur marchande, la valeur actuelle, la valeur réelle ou la valeur commerciale) est une des méthodes utilisées le plus fréquemment pour l'évaluation des avoirs expropriés<sup>317</sup>.

La juste valeur marchande<sup>318</sup> pourrait être déterminée par plusieurs méthodes, en fonction des circonstances<sup>319</sup>, mais la plupart des traités bilatéraux ne précise pas la méthode d'évaluation à utiliser.

L'indemnité estimée en fonction de la valeur marchande réelle est très souvent calculée en tenant compte aussi des intérêts accumulés entre la date de l'expropriation et la date du paiement de la compensation. Beaucoup de traités prévoient clairement cette obligation<sup>320</sup>, tandis que d'autres<sup>321</sup> indiquent également le taux d'intérêt.

---

<sup>314</sup> KARL J. – op.cit. p.28

<sup>315</sup> Par exemple, dans les traités bilatéraux signés par le Sri Lanka avec la République de Corée (article 7) ; le Singapour (article 6) ; et la Roumanie (article 6)

<sup>316</sup> UNCTC (1988) – op.cit. p.73

<sup>317</sup> OCRAN M. – op.cit. p.409

<sup>318</sup> Des traités bilatéraux plus récents mentionnent explicitement l'obligation d'une indemnité basée sur la juste valeur marchande, comme par exemple les traités entre le Canada et la Hongrie (article IV), le Bangladesh et l'Italie (article 5(2)), l'Albanie et la Croatie (article 2), le Chili et la Finlande (article 5), la Nigeria et la Grande Bretagne (article 5(1)).

<sup>319</sup> Dans le cas d'une entreprise commerciale, par exemple, la valeur marchande correcte pourrait être considérée la valeur de l'entreprise comme « entreprise en activité », qui inclurait les actifs incorporels et tout autre avoir quantifiable économiquement associé à l'entreprise.

<sup>320</sup> Exemple, le traité bilatéral entre le Japon et le Sri Lanka

<sup>321</sup> Par exemple, les traités conclus par l'Allemagne, la Grande Bretagne et les Etats-Unis

Les traités conclus par les Etats-Unis exigent souvent « un taux commercial raisonnable », et, comme nous l'avons vu plus haut, dans le traité entre le Costa Rica et le Royaume-Uni, il est mentionné que l'indemnité inclut les intérêts calculés à un taux commercial normal jusqu'à la date de son paiement.

Dans le traité entre la Chine et le Japon, n'est pas prévu explicitement le paiement des intérêts. Cependant, la signification de cette clause est clarifiée dans une note explicative annexée au traité, et qui précise comme suit:

« Il est confirmé que, par référence aux dispositions de l'Article 5 de l'Accord, la compensation mentionnée dans les dispositions du paragraphe 3 de l'article susmentionné devrait représenter l'équivalent de la valeur de l'investissement et des bénéfices affectés au moment où l'expropriation, la nationalisation ou toute autre mesure... sont publiquement annoncées, ou quand ces mesures sont prises, même si s'est plus tôt, et devrait contenir des intérêts appropriés qui tiennent compte de la durée de temps jusqu'au moment du paiement<sup>322</sup> ».

Toutefois, cette disposition n'indique pas la méthode d'évaluation à employer. Par exemple, la différence entre la « valeur marchande » et la « valeur comptable » d'un investissement peut être substantielle. De la même façon, la différence entre « les intérêts à un taux commercial normal » et « des intérêts appropriés » peut également être importante<sup>323</sup>.

Comme il a déjà été mentionné, nombre de pays préfèrent employer des formulations plus flexibles pour le montant de l'indemnité que celles suggérées par la formule « prompte, adéquate et effective », et préfèrent employer par exemple l'expression « juste et équitable<sup>324</sup> ». En même temps, il a été suggéré qu'une formulation comme

---

<sup>322</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Japon, 1988

<sup>323</sup> OCRAN M. – op.cit.p.410

<sup>324</sup> Les traités entre l'Inde et l'Angleterre, et entre la Chine et le Philippines, suivent cette approche.



« compensation juste », pourrait, dans la pratique, mener également à des interprétations plus spécifiques qui sont près de celles associées typiquement à la formule de Hull<sup>325</sup>.

Autre exemple, selon les études de la CNUCED, les traités bilatéraux signés par la Chine suivent plusieurs approches différentes concernant le montant de la compensation. Ainsi, le traité signé avec la Suède, mentionne pour l'indemnité que: « son but serait de placer l'investisseur dans la même position financière que celle où il aurait été si l'expropriation ou la nationalisation n'avait pas eu lieu<sup>326</sup> ».

Les traités signés par la Chine avec l'Autriche et l'Allemagne, font référence à la valeur de l'investissement juste avant que l'expropriation soit devenue de connaissance publique. D'autres traités signés par la Chine, par exemple avec le Vietnam et la Slovénie, mentionnent la compensation mais sans qualifier ce terme.

Les nationalisations ont souvent lieu dans un contexte de changements fondamentaux en matière de contrôle sur les industries stratégiques de l'économie nationale, et pour cette raison, quelques pays ont argumenté que l'obligation de payer la « valeur marchande totale » contredirait leur droit souverain à réorganiser leur système économique<sup>327</sup>. Ces pays ont donc suggéré que des facteurs additionnels soient pris en considération, comme des bénéfices excessifs réalisés dans le passé, l'étendue de l'amortissement opéré sur l'investissement initial, l'enrichissement anormal en raison d'une exploitation historique, des taxes impayées et tous les avantages exceptionnels de toute nature, notamment dans le domaine du faible coût de la masse salariale<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> DOLZER R. ; MARGRETE S. – op.cit.p.58

<sup>326</sup> SHISHI L. – *Bilateral Investment Promotion and Protection Agreements : practice of the People's Republic of China*, International Law and Development, the Hague: Nijhoff Publisher, 1988, p.167

<sup>327</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.71

<sup>328</sup> UNCTC (1988) – op.cit.p.75

En ce qui concerne *les modalités du paiement* de l'indemnité, plusieurs traités énoncent explicitement que ce dernier doit être fait « sans tarder » ou sans retard « anormal ». Toutefois, une telle disposition laisse la place aux interprétations<sup>329</sup>.

En conséquence, certains accords exigent explicitement pour le pays qui réalise l'expropriation, avant même que l'acte n'intervienne, de prévoir dans une clause la période déterminée pour le paiement de la compensation<sup>330</sup>. D'autres traités plus anciens, comme celui entre la Jamaïque et le Royaume-Uni, prévoyaient une durée d'environ trois ans pour le paiement des compensations lorsqu'il était question de sommes importantes<sup>331</sup>.

Les traités bilatéraux exigent souvent que l'indemnité soit librement transférable et réalisable effectivement. Ces dernières expressions ont donc une signification particulière. Ainsi, une indemnité est « réalisable effectivement » si un investisseur peut obtenir le bénéfice de l'indemnité immédiatement<sup>332</sup>. La compensation est librement transférable si elle peut être rapatriée. Le paiement en devises librement convertibles satisferait généralement les deux conditions.

La plupart des traités n'indiquent pas le taux de change dans les dispositions relatives à l'expropriation. Ainsi, le traité entre la Chine et le Japon, spécifie que « [...] cette indemnité devrait être payée sans tarder. Elle devrait être effectivement réalisable et librement transférable au taux d'échange en vigueur à la date utilisée pour la détermination du montant de la compensation ».

Presque tous les traités bilatéraux disposent d'une clause apart sur les taux de change. Cette clause, qui s'applique généralement à la

---

<sup>329</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.60

<sup>330</sup> Traités bilatéraux signés entre l'Égypte et la Roumanie, l'Allemagne et l'Israël, l'Allemagne et la Roumanie, l'Indonésie et la Norvège, la France et l'Indonésie

<sup>331</sup> DENZA E. ; SHELAGH B. – op.cit. p.14

<sup>332</sup> OCRAN M. – op.cit.p.411

compensation de l'expropriation, mais aussi à bien d'autres paiements liés à un investissement, précise habituellement le taux de change à employer<sup>333</sup>. Sur ce sujet il y aura d'autres précisions dans le chapitre concernant le transfert de fonds.

Plusieurs traités exigent que toute expropriation soit faite en conformité avec les prescriptions légales. Bien que cette notion ait été exhaustivement analysée comme relevant des lois nationales, tout particulièrement aux Etats-Unis, il y a peu de consensus quant à sa signification dans le contexte actuel<sup>334</sup>.

Néanmoins, cette obligation est un élément standard dans la pratique en matière des traités bilatéraux dans beaucoup de pays. A ce sujet, les pays en développement ont insisté sur l'usage de l'expression « en conformité avec la procédure juridique nationale », à la place de « selon le dû processus juridique », par crainte que cette dernière expression puisse être interprétée dans le sens de « standard minimal international »<sup>335</sup>. En outre, la grande majorité des traités interdit l'endommagement de l'investissement par des moyens arbitraires<sup>336</sup>.

Un nombre important de traités prévoit l'obligation d'une révision juridique de la légalité d'une expropriation<sup>337</sup>. Par exemple, le traité modèle de l'Allemagne mentionne (article 4 (2)) que « la légalité de toute expropriation, nationalisation, ou mesures comparables et le montant de l'indemnité devraient faire l'objet de la révision par le dû processus juridique<sup>338</sup> ».

Le modèle du traité employé par le Royaume-Uni charge l'investisseur de veiller à une « prompte révision, par une autorité juridique ou autre autorité indépendante... de son cas et de l'évaluation

---

<sup>333</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.62

<sup>334</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.72

<sup>335</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.63

<sup>336</sup> OCRAN M. – op.cit.p.412

<sup>337</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.72

<sup>338</sup> KARL J. – op.cit.p.30

de son ou de ses investissements conformément aux principes décrits dans ce paragraphe ». Quelques accords concluent par le Royaume-Uni remplacent les mots « son cas » par l'expression « si l'expropriation est conforme aux lois nationales<sup>339</sup> ».

Le modèle A de AALCC stipule que, en l'absence d'un accord entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, la détermination de l'indemnité devrait être faite par « un tribunal indépendant, judiciaire ou administratif, ou une autorité compétente en conformité avec les lois de l'Etat qui exproprie, ou par la voie de l'arbitrage aux termes d'un accord entre l'investisseur et l'Etat d'accueil <sup>340</sup> ». L'obligation de révision juridique renforce dans une certaine mesure la protection fournie par la clause qui exige que toute expropriation soit conforme aux procédures juridiques<sup>341</sup>.

Certains traités bilatéraux, comme ceux conclus par la France et les Etats-Unis, incluent une condition supplémentaire, qui prévoit notamment qu'une expropriation ne devrait être contraire à aucun autre engagement pris par le pays d'accueil en matière de respect de l'investissement<sup>342</sup>. Dans le cas de quelques traités, la présence de cette condition serait redondante parce qu'ils incluent déjà une condition générale selon laquelle le pays d'accueil devrait respecter toutes ses obligations prises dans le domaine de la protection de l'investissement<sup>343</sup>.

Même si cette condition apparaît comme une règle générale des traités ou comme une règle applicable particulièrement à l'expropriation, ses effets pourraient être d'interdire en pratique pour une partie contractante d'exproprier un investissement s'il a été

---

<sup>339</sup> DENZA E. ; SHELAGH B. – op.cit.p.913

<sup>340</sup> OCRAN M. – op.cit.p.412

<sup>341</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.72

<sup>342</sup> UNCTC (1988) – op.cit.p.77

<sup>343</sup> OCRAN M. – op.cit.p.413

convenu antérieurement de ne pas l'exproprier<sup>344</sup>. La violation d'un tel accord représenterait une violation du traité bilatéral, et pourrait faire l'objet des procédures spécifiées dans les clauses de règlement des différends concernant les litiges entre l'investisseur et l'Etat ou entre les deux Etats.

En guise de conclusion, il convient de souligner l'importance majeure pour les investisseurs étrangers des dispositions concernant les standards relatifs au montant de l'indemnité suite à l'expropriation, malgré les polémiques théoriques sur ce sujet. Tandis que l'expropriation peut être encore une mesure extrême, de dernier recours, l'incidence des nationalisations d'envergure, qui ont atteint le niveau le plus important pendant les années 1970, a diminué brusquement au cours des années 1980<sup>345</sup>. En effet, la tendance majeure des politiques économiques des années 1980 et 1990 a été une réorientation vers la privatisation. Cependant, l'expropriation demeure un sujet sensible, aussi bien en théorie que dans la pratique, d'autant plus que de nouvelles formes d'expropriation « indirecte » ou « progressive » pourraient être, et sont pratiquées. Si « les enlèvements régulateurs » imposent une compensation équivalente, le problème deviendra de plus en plus difficile à solutionner par les décideurs politiques dans les années à venir.

## **2. Les dispositions de protection contre la guerre et les désordres civils**

Le droit international fait la différence entre l'expropriation et la destruction de la propriété due à une *nécessité militaire*. Le consensus général est qu'aucune indemnité n'est due pour les pertes ayant cette

---

<sup>344</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.65

<sup>345</sup> UNCTC (1988) – op.cit.p.79

cause<sup>346</sup>. Cependant, les traités offrent en général aux investisseurs un degré limité de protection contre ces pertes.

La disposition la plus fréquemment retrouvée dans les traités garantit que les investisseurs devraient recevoir le traitement de la clause NPF au regard de toute indemnité accordée pour la perte de propriété provoquée par guerre, insurrection, émeute, rébellion ou tout autre désordre civil<sup>347</sup>. Un exemple significatif sur ce sujet mentionne :

« Les investisseurs d'une Partie Contractante dont l'investissement souffre de pertes, dans le territoire de l'autre Partie Contractante, dues à la guerre, révolution, ou autre conflit armé, état d'urgence national ou d'autres événements similaires, devrait se voir accordé un traitement pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs de tout autre Etat tiers en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou autres restitutions quantifiables. Ce paiement devrait être librement transférable<sup>348</sup> ».

En d'autres termes, le pays d'accueil n'a pas besoin de payer une compensation. Cependant, s'il offre des compensations aux investisseurs d'un pays tiers, il doit indemniser les investisseurs couverts par le traité<sup>349</sup>, et dans la même mesure<sup>350</sup>.

D'autres traités<sup>351</sup> garantissent l'application du traitement national aux investisseurs couverts par le traité en vue d'une compensation de leurs pertes.

Il est important de spécifier les normes à suivre dans l'indemnisation de ces pertes, mais également de préciser le type

---

<sup>346</sup> VASCIANNE S. – « Bilateral investment treaties and civil strife: the AAPL/Sri Lanka Arbitration », *Netherlands International Law Review*, 1992, vol.39, no.3, p.334

<sup>347</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.73

<sup>348</sup> Traité bilatéral entre la Hongrie et la Norvège, 1991, article V

<sup>349</sup> Cette clause a été aussi adoptée par la Chine et elle se retrouve dans ses traités bilatéraux récents.

<sup>350</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.67

<sup>351</sup> Par exemple les traités signés par la Mongolie et la République de Corée, et la Malaisie et les Emirats Arabes Unis

particulier de dommages qui sont protégés par cette clause. Par exemple, dans le traité entre le Royaume-Uni et l'Ukraine, précise que:

« (1) Les investisseurs d'une Partie Contractante dont les investissements dans le territoire de l'autre Partie Contractante souffrent de pertes dues à la guerre ou à d'autres conflits armés, révolution, état d'urgence national, révolte, insurrection ou émeute dans le territoire de cette dernière Partie Contractante, devrait se voir accordé par cette dernière Partie Contractante un traitement concernant la restitution, l'indemnisation, la compensation ou autre règlement, pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout autre Etat tiers. Les paiements résultants devraient être librement transférables.

(2) Sans préjudice du paragraphe (1) de cet Article, les investisseurs d'une Partie Contractante qui dans une des situations mentionnées dans ce paragraphe souffrent de pertes dans le territoire de l'Autre Partie contractante résultant de:

- a. la réquisition de leur propriété par ses forces ou autorités, ou
- b. la destruction de leur propriété par ses forces ou autorités, qui n'a pas été causée dans l'action de combat ou n'a pas été exigée par la nécessité de la situation, devrait se voir accorder la restitution ou une compensation adéquate. Les paiements résultants devraient être librement transférables<sup>352</sup> ».

A l'opposé, l'article 6 du traité entre la Chine et le Japon fait référence à « l'éruption des d'hostilités ou l'état d'urgence nationale ». En même temps, il faut mentionner qu'il est relativement facile de déterminer la qualification de l'urgence puisqu'elle implique souvent une déclaration du gouvernement, mais la signification du terme « hostilités » est assez vague et peut faire l'objet de différentes interprétations<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Traité bilatéral entre la Grande Bretagne et l'Ukraine, 1993, article 5

<sup>353</sup> VASCIANNE S. – op.cit. p.335

Une autre clause qui apparaît dans plusieurs traités précise que toute indemnité payée pour de telles pertes devrait être librement transférable, ce qui, en d'autres termes, fait référence au transfert possible d'une telle indemnité<sup>354</sup>. Cette clause pourrait ne pas être strictement nécessaire dans beaucoup de traités parce que la clause générale sur les transferts de paiements, qui garantit le transfert libre des paiements liés à un investissement dans différentes situations serait assez étendue pour s'appliquer à la compensation pour les pertes souffertes en raison de la guerre et des désordres civils.

Quelques traités, peu nombreux, font une distinction entre les préjudices provoqués par la guerre et les perturbations civiles, sans action directe de la part des Etats d'accueil, et les préjudices causés par l'action de l'Etat lui-même, dans une situation de guerre et de perturbation civile<sup>355</sup>.

Dans ce dernier cas, ils prévoient une obligation de dédommagement des investisseurs, même si les investisseurs du pays d'accueil ou des pays tiers ne sont pas dédommagés pour des pertes similaires.

Parmi les traités conclus par le Royaume-Uni, quelques uns, y compris le traité signé avec l'Ukraine, mentionnent que les investisseurs qui souffrent de pertes sur le territoire de l'autre partie contractante lors d'une guerre ou d'une perturbation civile devrait recevoir une restitution ou une compensation adéquate quand ces pertes sont provoquées soit par la réquisition de leur propriété par le gouvernement, soit par une destruction par le gouvernement qui n'est pas attribuable au combat ou à une nécessité militaire<sup>356</sup>. De la même manière, quelques traités conclus par les Etats-Unis exigent que dans

---

<sup>354</sup> OCRAN M. – op.cit. p.413

<sup>355</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.74

<sup>356</sup> DENZA E.; SHELAGH B. – op.cit. p.917



des situations analogues soit payée une compensation conforme à la disposition concernant l'expropriation<sup>357</sup>.

L'inclusion dans les traités bilatéraux d'une disposition pour la compensation des préjudices causés par guerre et désordres civils est justifiée parce que ces situations exceptionnelles sont souvent exceptées dans les contrats d'assurance et elles sont souvent traitées différemment par le gouvernement en temps de paix<sup>358</sup>. Dans des circonstances normales, la réquisition par l'armée lors d'une guerre pourrait ne pas être couverte par des clauses sur l'expropriation<sup>359</sup>.

Par conséquent, dans certaines circonstances, pour des raisons de précaution, il faudrait prévoir une telle disposition, spécialement lorsque ce cas n'est pas couvert par d'autres dispositions d'un traité.

### **3. La protection du transfert des paiements**

Les clauses concernant le transfert des paiements sont considérées par les investisseurs, mais aussi par les pays d'accueil, comme les plus importantes dans un traité bilatéral. Elles traitent d'un aspect de la relation entre le pays d'accueil et l'investisseur étranger sur lequel leurs intérêts peuvent être largement divergents.

Pour les pays d'accueil, y compris la plupart des pays en développement, le rapatriement subit de grands bénéfices ainsi que du montant de la vente ou de la liquidation de l'investissement peut avoir un effet nuisible sur leur balance des paiements, et, de ce fait, gêner le développement économique et l'accomplissement de l'objectif primordial d'un traité bilatéral<sup>360</sup>. Ainsi, les difficultés de la balance des paiements peuvent réduire considérablement la capacité des pays d'accueil à

---

<sup>357</sup> VANDEVELDE K. (1992) – op.cit.p.48

<sup>358</sup> OCRAN M. – op.cit.p.414

<sup>359</sup> VASCIANNE S. – op.cit.p.335

<sup>360</sup> OCRAN M. – op.cit.p.414

accorder aux investisseurs des droits sans restriction à l'égard du transfert monétaire lié à leur investissement<sup>361</sup>.

En même temps, les investisseurs étrangers accordent une attention particulière au délai du transfert du revenu, du capital et d'autres paiements. Ce délai est considéré comme une condition indispensable du bon fonctionnement et de la rentabilité de leurs projets d'investissement, mais aussi de l'accomplissement de leurs engagements vis-à-vis des actionnaires, des entrepreneurs ou des créanciers.

Avec un large champ d'application, une restriction sur le droit des pays d'imposer le contrôle sur l'échange des devises se retrouve dans l'article VIII, 2e alinéa, de l'Accord du Fonds monétaire international (FMI)<sup>362</sup>. En outre, la majorité des pays membres du FMI s'est réservée le droit sous l'article XIV de « maintenir et adapter » les mécanismes de contrôle des échanges existants lorsqu'ils ont rejoint le Fonds. Il s'agit d'un droit qui, dans la pratique, a demandé une flexibilité considérable aux Etats membres. Pour ces raisons, les articles du FMI prévoient une protection relativement faible pour les investisseurs étrangers. Les pays exportateurs de capital continuent ainsi de demander avec insistance l'inclusion d'un droit du libre transfert dans les traités bilatéraux<sup>363</sup>.

En général, chaque traité bilatéral contient une disposition sur le transfert des paiements, mais il y a des différences importantes parmi eux dans l'énonciation de cette clause. Les pays d'origine de l'investissement cherchent généralement des garanties étendues et spécifiques. Plus particulièrement, ils cherchent une disposition qui garantirait aux investisseurs le droit de transfert des paiements liés à un investissement dans une devise librement convertible sans délai

---

<sup>361</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.69

<sup>362</sup> IMF – *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*, United Nations Treaty Series, 1945, vol.2

<sup>363</sup> OCRAN M. – op.cit.p.414

particulier et à un taux de change précisé<sup>364</sup>. Cette disposition répond à la préoccupation des investisseurs de ne pouvoir retirer du pays d'accueil l'investissement ou les bénéfices générés par l'investissement. Elle répond également à la préoccupation de se voir imposer une devise qui ne serait pas librement convertible lors de l'opération de retrait. L'exemple ci-après est significatif à cet égard :

« 1. Chaque partie devrait permettre tous les transferts liés à un investissement se faire librement et sans tarder dedans et hors de son territoire. Ces transferts incluent :

- (a) les bénéfices ;
- (b) la compensation suite à l'article III ;
- (c) les paiements provenant d'un conflit d'investissement (comme défini à l'article VI);
- (d) les paiements effectués dans le cadre d'un contrat, y compris l'amortissement du paiement principal et des paiements des intérêts accrus effectués suite à un accord de prêt;
- (e) les résultats de la vente ou de la liquidation de tout ou d'une partie d'un investissement; et
- (f) les contributions additionnelles au capital pour entretenir ou développer un investissement.

Les entreprises ou les nationaux de chaque Partie seraient autorisés à convertir ces transferts en devises librement convertibles à leur choix.

2. Les transferts devraient être faits en devises librement convertible et, à l'exception des mentions de l'Article III, paragraphe 1, au taux de change du marché à la date du transfert, dans le respect des transactions dans la devise à transférer.

3. Malgré les dispositions du paragraphe 1 et 2 de cet Article, chaque Partie pourrait,

---

<sup>364</sup> CNUCED – *Incentives and Foreign Direct Investment*, United Nations Publications, 1996d, p.23

(a) maintenir des lois et des règlements exigeant à reporter le transfert des devises et imposant des taxes sur les revenus par des moyens tels qu'une taxe applicable aux dividendes ou aux autres transferts; et

(b) protéger les droits des créiteurs, et assurer l'accomplissement des jugements dans les démarches d'arbitrage, par l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois<sup>365</sup> ».

Normalement, le premier aspect ciblé par une telle disposition concerne le type de paiement auquel elle s'applique. En général il s'agit des trois catégories de fonds : le rapatriement du capital investi, le transfert des bénéfices générés par l'investissement ainsi que des dividendes des actionnaires de l'investisseur, enfin les paiements courants effectués en rapport avec l'investissement, notamment les sommes qui pourraient être nécessaires pour payer les dépenses courantes, le remboursement des intérêts et des prêts, ou d'autres obligations de l'investisseur<sup>366</sup>.

La plupart des traités adoptent une de ces deux approches. La première consiste à garantir le transfert libre de tous les paiements relatifs à un investissement.

Selon CNUCED, plusieurs traités conclus par l'Allemagne et les Etats-Unis, et pratiquement tous les traités conclus en Amérique latine et dans les Caraïbes suivent cette approche. Elle est préférée par les investisseurs en raison de son étendue, mais elle peut être évitée pour la même raison par les pays en développement qui ont des réserves faibles en devises étrangères<sup>367</sup>. C'est pourquoi, tout en suivant cette approche et réduire l'incertitude, plusieurs traités<sup>368</sup> incluent dans leurs dispositions une liste non exhaustive des paiements qui devraient être couverts.

---

<sup>365</sup> Traité bilatéral entre la Russie et les Etats-Unis, 1992, article IV

<sup>366</sup> OCRAN M. – op.cit.p.417

<sup>367</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.75

<sup>368</sup> Les traités conclus par l'Allemagne, les Pays Bas, la France, l'Indonésie, la Thaïlande, le Singapour etc.

Spécifiquement, cette liste comporte: les bénéfices d'investissements tels que le revenu, les profits, les dividendes et les intérêts; les fonds pour les paiements des emprunts; les redevances et honoraires; et les résultats de la vente ou de la liquidation<sup>369</sup>.

La liste contient fréquemment l'épargne des employés, mais certains traités précisent des limites sur le montant de l'épargne à transférer librement, voire des restrictions pour le transfert des économies vers le pays d'origine<sup>370</sup>.

La liste peut également inclure l'indemnité payée en raison d'un conflit sur l'investissement<sup>371</sup>, bien que plusieurs traités la mentionnent séparément, en l'incluant dans la disposition concernant l'expropriation<sup>372</sup> :

« (1). Chaque Partie Contractante devrait permettre sans tarder aux investisseurs de l'autre Partie Contractante le transfert des paiements liés à l'investissement en devises librement convertibles, en particulier aux :

- (a) intérêts, dividendes, profits et autres bénéfices;
- (b) remboursements des prêts liés à l'investissement;
- (c) paiements dérivés des droites énumérés à l'Article 1, paragraphe 2, lettre (d) de cet Accord;
- (d) résultats de la vente partielle ou totale de l'investissement;
- (e) la compensation pour la perte de possession ou la perte décrite à l'Article 6 de cet Accord;
- (f) l'épargne des employés étrangers travaillant en liaison avec l'investissement une fois que les conditions légales aient été remplies.

---

<sup>369</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.71

<sup>370</sup> Traités entre l'Indonésie et la Norvège, le Kenya et les Pays-Bas, les Pays-Bas et la Thaïlande, mais aussi les traités signés par la France avec la Jordanie, le Paraguay, le Singapour, et le Soudan

<sup>371</sup> Traité entre le Sri Lanka et les Etats-Unis, article IV(1(c))

<sup>372</sup> Traité bilatéral entre l'Allemagne et le Swaziland, article 4 (2)

(2). Un transfert devrait être considéré avoir été fait sans retard si il est effectué pendant une période de temps comme celle normalement exigée pour l'accomplissement des formalités de transfert. Cette période devrait commencer le jour où la demande appropriée a été soumise en forme prescrite et, en aucun cas, ne devrait pas excéder deux mois. Les transferts devraient être faits au taux de change officiel employé à la date du transfert. [...]

(4). Le capital en actions peut être transférés seulement un an après l'entrée sur le territoire de la Partie Contractante à moins que sa législation prescrit un traitement plus favorable<sup>373</sup> ».

Certains accords plus récents ne garantissent pas le « libre transfert », mais le « droit au libre transfert »<sup>374</sup>, ou emploient encore l'expression « devrait permettre le transfert »<sup>375</sup>, ce qui reflète le processus de libéralisation des marchés pour l'échange des devises, échange qui serait réalisé par le système commercial bancaire et non uniquement par la Banque Centrale d'un pays<sup>376</sup>.

Une variante de cette approche se retrouve dans la plupart des traités conclus par le Royaume-Uni. Ils garantissent aussi le transfert libre d'une large catégorie de paiements, notamment « les investissements et les bénéfices » ou « le capital et les bénéfices », mais, puisque la définition de ces termes se trouve dans le traité en question, ils n'incluent pas une liste de transferts qui soient couverts par cette disposition<sup>377</sup>.

Une deuxième approche consiste à énumérer simplement les types des paiements couverts par cette clause<sup>378</sup>. Spécifiquement, cette

---

<sup>373</sup> Traité bilatéral conclu entre la Norvège et le Chili, 1993, (article 5)

<sup>374</sup> Traité bilatéral entre l'Argentine et la Jamaïque, article 4

<sup>375</sup> Traité bilatéral entre la Chine et la Jamaïque, article 4

<sup>376</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.76

<sup>377</sup> DENZA E. ; SHELAGH B. – op.cit.p.918

<sup>378</sup> C'est l'approche adoptée par le Danemark, la France et la Suède.

liste exhaustive est tout à fait semblable à la liste trouvée dans les traités qui suivent la première approche.

Malgré le droit au libre transfert, quelques accords bilatéraux autorisent les parties contractantes à exiger des rapports sur les transferts de devises, à administrer les taxes globales, à protéger les droits des créanciers et à assurer l'application des jugements rendus à la suite des procédures d'arbitrage<sup>379</sup>. Il convient de noter que, pour l'investisseur, la clause concernant le transfert des devises pourrait en effet s'identifier à une garantie sur la disponibilité des devises étrangères. De ce fait, la disposition peut aller plus loin qu'une seule prohibition sur les restrictions légales concernant les transferts des devises.

La clause sur le libre transfert des fonds indique habituellement le type de devises dans lesquelles le transfert est garanti, et de nouveau, il y existe deux approches différentes<sup>380</sup>. La première exige que le transfert soit autorisé en n'importe quelle devise librement convertible. Cette approche donne à l'investisseur la protection la plus importante<sup>381</sup>. Les traités signés par les Etats-Unis emploient l'expression « devises utilisées librement » (*freely usable currency*), qui sont définies par le Fond Monétaire International.

Une autre approche consisterait à exiger que le pays d'accueil permette le transfert dans la devise convertible dans laquelle l'investissement a été fait ou en toute autre devise convertible avec laquelle les deux parties seraient d'accord<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> VANDEVELDE K.(1993) – op.cit.p.639

<sup>380</sup> DOLZER; STEVENS (1995) –op.cit.p.75

<sup>381</sup> Elle est spécifique pour les traités bilatéraux conclus par la Finlande, la Suède et les Etats-Unis.

<sup>382</sup> Cette approche est suivie dans les accords conclus par le Danemark et la Grande Bretagne.

Plusieurs traités mentionnent que les transferts couverts par le traité devraient être « libres » ou réalisés « sans retard »<sup>383</sup>. D'autres traités garantissent le transfert sans « retard anormal »<sup>384</sup>.

Occasionnellement certains traités imposent des limites précises à la période permmissible pour le retard, comme par exemple un mois<sup>385</sup>, ou six mois<sup>386</sup>. Cette disposition n'empêche pas le pays d'accueil de s'assurer que les transferts sont conformes aux lois nationales applicables habituellement aux transferts des devises à l'étranger, comme par exemple ceux qui concernent l'acquittement d'obligations, le paiement des taxes ou des créances<sup>387</sup>.

D'autres traités comportent une précision explicite sur le fait que l'Etat d'accueil pourrait retarder le transfert pendant une période de temps<sup>388</sup>, pas plus longue que celle normalement nécessaire pour accomplir les formalités<sup>389</sup>. De la même manière, plusieurs traités bilatéraux précisent le taux de change utilisé lors des transferts. Cette clause est prévue pour s'assurer que la valeur des paiements à transférer soit préservée pendant les transactions d'échange des devises.

En général, il y a des variations considérables entre les traités sur ce sujet<sup>390</sup>. Une distinction importante parmi les différentes formulations concerne l'étendue du contrôle du pays d'accueil sur le

---

<sup>383</sup> Cette expression se retrouve spécifiquement dans les accords signés par le Chili avec d'autres pays latino-américains, et aussi par la France, l'Allemagne, la Suisse, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis.

<sup>384</sup> Les traités conclus par les Pays-Bas, la Norvège et la Suède

<sup>385</sup> Traité bilatéral entre le Danemark et la Pologne, article 6(5)

<sup>386</sup> Traité bilatéral entre la Finlande et la Hongrie, article 7 (1)

<sup>387</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.78

<sup>388</sup> Par exemple les traités conclus par l'Allemagne exigent généralement que les formalités soient accomplies dans un intervalle de temps de maximum deux mois.

<sup>389</sup> Les Traités conclus par le Chili, par exemple, mentionnent que l'expression « sans retard » signifie le temps normal nécessaire pour accomplir les formalités pour le transfert. Cette « période normale » devrait ne pas excéder 30 jours (par exemple dans le cas des traités bilatéraux conclus entre la Bolivie et le Chili, entre le Chili et le Paraguay, entre le Chili et l'Uruguay), 60 jours (dans le traité entre le Chili et l'Equateur), un mois (dans le traité entre le Chili et la Guatemala), deux mois (les traités signés par le Chili avec l'Argentine, et la Venezuela), ou six mois (le traité entre le Chili et le Brésil).

<sup>390</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.79



taux de change<sup>391</sup>. Sur cet aspect, quelques traités indiquent le taux de change officiel, qui pourrait faire plus facilement l'objet des ajustements par le pays d'accueil<sup>392</sup>. Mais d'autres accords lient le taux de change à des facteurs moins susceptibles de faire l'objet du contrôle de la part du pays d'accueil.

Il existe aussi d'autres situations particulières où les traités bilatéraux spécifient le taux de change du marché, sinon le taux de change employé par le Fond Monétaire International<sup>393</sup>. Il est important que la clause sur le taux de change « ne pénalise pas un pays qui passerait du taux de change fixe au taux de change déterminé par le marché<sup>394</sup> ». Dans ce cas, en général, la valeur d'une devise est révisée à la baisse. Quant aux investisseurs, ils préfèrent le taux de change qui leur sera le plus favorable. Certains traités bilatéraux précisent la date à laquelle sera déterminé le taux de change<sup>395</sup>.

Comme nous l'avons déjà précisé, certains pays en développement disposant de réserves limitées en devises étrangères, s'inquiètent de ne pas en avoir suffisamment pour permettre le transfert demandé par un investisseur ou de ce que les réserves en devises étrangères nécessaires pour un autre objectif risquent d'être épuisées par un investisseur qui rapatrie ses bénéfices.

Par exemple<sup>396</sup>, l'accord bilatéral entre les Pays-Bas et les Philippines tient compte de cette éventualité et permet au pays d'accueil un certain allègement de cette situation:

---

<sup>391</sup> FROOT K.A. ; STEIN J.C. – « Exchange rates and foreign direct investment : an imperfect capital market approach », *Quarterly Journal of Economics*, 1991, no.106, p.1197

<sup>392</sup> OCRAN M. – op.cit.p.418

<sup>393</sup> Traité bilatéral entre l'Allemagne et le Bangladesh, article 6

<sup>394</sup> FROOT K.A. ; STEIN J.C. – op.cit. p.1198

<sup>395</sup> La plupart des accords conclus entre les pays occidentaux de l'hémisphère de l'ouest, y compris les Etats-Unis, et les pays d'autres régions indiquent le taux de change à la date du transfert, et il est supposé que c'est ce taux qui serait employé en absence d'une disposition explicite à effet contraire.

<sup>396</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.79

« 1. Chaque Partie Contractante, dans le respect de l'investissement, devrait permettre aux ressortissants de l'autre Partie Contractante le transfert sans restriction en devises librement convertibles de leurs investissements et de l'épargne résultante, vers le pays choisi par ces ressortissants, assujettis au droit de cette Partie Contractante à imposer équitabement et de bonne foi certaines mesures qui pourrait être nécessaires pour sauvegarder l'intégrité et l'indépendance de ses devises, de sa position financière externe et de la balance des paiements, en conformité avec ses droits et engagements en tant que membre du Fonds Monétaire International.

2. Le taux de change applicable à un tel transfert devrait être le taux de change officiel au moment du paiement.

3. Dans les cas où des montants importants ont été payés à titre de l'indemnité en vertu de l'Article 5, la Partie Contractante concernée pourrait exiger que le transfert soit effectué par des échelonnements raisonnables<sup>397</sup> ».

Plusieurs traités permettent des exceptions à l'obligation de libre transfert, mais seulement pendant les périodes où les réserves de devises étrangères sont à un niveau particulièrement bas<sup>398</sup>. Généralement, ces clauses permettent de retarder le transfert pour une période limitée. Parfois elles sont assorties d'une ou plusieurs autres conditions<sup>399</sup>.

Une condition serait que tout retard du transfert soit imposé sur la base de la clause NPF, ce qui signifierait que le pays d'accueil ne pourrait pas permettre aux investisseurs d'un pays tiers d'échanger la devise locale sans permettre également aux investisseurs couverts par le traité un traitement similaire.

Une autre condition qui apparaît parfois dans les traités est que le pays d'accueil doit accepter chaque année le transfert d'un certain pourcentage du paiement, jusqu'à ce que le montant total soit transféré.

---

<sup>397</sup> Traité bilatéral entre les Pays-Bas et les Philippines, 1985, article 7

<sup>398</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.82

<sup>399</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.79

Ainsi, pour préserver la balance de paiements, les traités pourront mentionner certaines restrictions, relatives à la possibilité et au pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles :

« a. ces pouvoirs cependant ne devraient pas être utilisés pour empêcher le transfert des bénéfices, des intérêts, des dividendes, des honoraires ou taxes;

b. en ce qui concerne les investissements et toute autre forme de bénéfice, il est garanti le transfert d'un minimum de 20 % par an<sup>400</sup> ».

D'autres exemples des exceptions conçues pour palier les difficultés de la balance de paiements se retrouvent dans les traités conclus entre les pays du continent sud-américain<sup>401</sup>. Parfois un accord prévoit une disposition distincte pour le rapatriement du capital en raison de la taille du transfert. Ainsi, pour le transfert, est accepté un paiement échelonné ou sur une période de quelques années<sup>402</sup>.

De manière significative, l'article XII de l'Accord Général sur le commerce des services (GATS), de l'OMC, prévoit des restrictions pour sauvegarder la balance des paiements, dans certaines limites définies et dans le respect des principes régissant le commerce des services. Les pays en développement peuvent utiliser cette disposition pour négocier leurs traités, bien que la tendance générale dans ces pays soit plutôt de ne pas exiger des paiements échelonnés<sup>403</sup>.

Une autre approche confère le droit de réaliser des transferts monétaires, mais ces transferts sont soumis au contrôle des échanges

---

<sup>400</sup> Traité bilatéral entre la Jamaïque et la Grande-Bretagne, article 7

<sup>401</sup> Les traités bilatéraux signés entre le Salvador et le Pérou (article 8, paragraphe 4), la Colombie et le Pérou (article 6, paragraphe 3), l'Argentine et le Salvador (article 6, paragraphe 4)

<sup>402</sup> Par exemple, dans le traité entre la Jamaïque et la Grande-Bretagne est prévue une période de cinq ans, et dans le traité entre la Jamaïque et les Pays Bas, une période de trois ans.

<sup>403</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.79

par les lois du pays d'accueil<sup>404</sup>, comme mentionné dans certains traités bilatéraux :

« 1. Les ressortissants et les entreprises de chaque Partie Contractante devraient avoir la garantie de l'autre Partie Contractante, de la liberté des paiements, des versements, et des transferts des instruments financiers ou des fonds, inclusivement la valeur de la liquidation d'un investissement entre les territoires des deux Parties Contractantes, aussi bien entre les territoires de cette autre Partie Contractante et tout autre pays tiers.

2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article ne devraient empêcher aucune des Partie Contractante d'imposer des restrictions à l'échange, en conformité avec ses lois et règlements applicables<sup>405</sup> ».

Comme nous l'avons précisé précédemment, quelques traités garantissent le droit de transférer pour seulement une partie de l'épargne ou des salaires des ressortissants de l'autre partie contractante vers leur pays d'origine. Ces traités stipulent habituellement que le rapatriement de l'épargne est autorisé seulement pour les ressortissants autorisés à travailler dans le pays d'accueil par des permis de travail ou des autorisations ou en rapport avec un investissement accepté<sup>406</sup>.

Quelques traités plus récents prévoient un nouveau type d'exception pour les pays avec des économies en transition. Ainsi ils mentionnent une période déterminée de temps, pendant laquelle les pays peuvent faire des exceptions à l'obligation du libre transfert, comme dans le traité entre la Lituanie et les Pays-Bas:

---

<sup>404</sup> Les traités signés par le Chili incluent un protocole qui restreint le transfert de capital à une durée d'un an, à partir de la date d'entrée du capital sur le territoire, en conformité avec ses lois de contrôle des échanges.

<sup>405</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Japon, article 8

<sup>406</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.83

« Pendant une période de deux ans... la République de Lituanie devra faire de son mieux pour garantir le libre transfert des paiements [...] Après ces deux ans le transfert sans restrictions [...] devra entrer en vigueur».

Il convient de préciser que ces exceptions n'ont qu'une utilité très faible pour un pays, sauf si celui-ci inclut des exceptions similaires dans tous ses traités. Autrement, si un accord omettait une telle exception, les investisseurs pourraient être autorisés au libre transfert avec les investisseurs couverts par d'autres traités, par une clause NPF, malgré le fait que les autres traités prévoient une clause d'exception.

Parmi les traités porteurs de nouvelles approches concernant les problèmes de change se trouvent ceux qui énoncent que les dispositions sur le transfert pourraient être remplacées par un accord de conversion des créances en actions<sup>407</sup>. Cette disposition est prévue pour encourager la conversion des actions qui apportent des devises dans le pays d'accueil.

Traditionnellement, le contrôle sur les devises, dans l'exercice de la souveraineté monétaire d'un pays, a été très répandu non seulement parmi les pays en développement mais aussi parmi les pays développés. Les différences de politique appliquées à cet égard ne sont pas le résultat des polémiques sur le sujet, mais des contraintes spécifiques de balance de paiements auxquelles sont confrontés les pays, et leur besoin de maintenir les devises étrangères à des niveaux suffisants pour atteindre les objectifs essentiels<sup>408</sup>. De ce fait, pour les gouvernements, un élément important à prendre en considération serait le type de conditions et de limitations qui pourraient être raisonnablement imposées au libre transfert pour faire face aux crises

---

<sup>407</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.80

<sup>408</sup> CNUCED – Problèmes et questions concernant les accords bilatéraux d'investissement dans la perspective de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral sur l'investissement, Genève, 1997, p.27

de la balance des paiements, sans recourir, dans des circonstances normales, aux restrictions excessives de transfert<sup>409</sup>.

## 4. Les autres clauses spécifiques de protection

### 4.1. Les obligations de résultat

Plusieurs pays importateurs de capitaux acceptent les investissements directs étrangers dans l'espoir qu'ils créent des emplois, augmentent les exportations, génèrent des devises étrangères et améliorent la balance des paiements<sup>410</sup>. Pour s'assurer d'obtenir les effets prévus, quelques pays d'accueil ont imposé des obligations de résultat aux investisseurs étrangers comme condition à l'investissement dans le pays d'accueil<sup>411</sup>. D'autres pays incitent les investisseurs à accepter volontairement les obligations de performance en les liant à l'octroi des incitations<sup>412</sup>.

Parmi les obligations de résultat il faut mentionnés les obligations d'employer les nationaux du pays d'accueil, d'employer les matières premières ou les entrées produites localement, et d'exporter une partie du produit fini.

Cependant, les investisseurs peuvent s'opposer aux obligations de résultat car elles peuvent nuire à la libre et bonne gestion de leur investissement et pourraient exiger de l'investisseur de conduire l'affaire de manière à réduire son efficacité et désormais la rentabilité<sup>413</sup>. Il a été argumenté que parce que les investissements régulent les importations

---

<sup>409</sup> UNCTC (1991) – op.cit.p. p.41

<sup>410</sup> CNUCED (1997b) – op.cit.p. p.33

<sup>411</sup> PARRA A.R. – *The Scope of new Investment Laws and International Instruments*, Transnational Corporations, vol.4, no.3, 1995, p.41

<sup>412</sup> CNUCED (1996d) – op.cit.p.24

<sup>413</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.85

et les exportations, certaines obligations de résultat pourraient amener des distorsions dans le commerce international<sup>414</sup>.

La plupart des traités bilatéraux ne précisent pas explicitement les obligations de résultats, car imposer cette obligation de performance à la suite de l'admission d'un investissement pourrait violer les garanties accordées par le traité au regard du traitement national<sup>415</sup>. Toutefois, dans la mesure où elles sont imposées comme condition pour l'admission de l'investissement, elles peuvent échapper aux restrictions du traitement national parce que dans un nombre important des traités bilatéraux le droit au traitement national s'applique à l'investissement seulement après son admission<sup>416</sup>. Pour éviter cela, quelques traités prohibent l'obligation de résultat en tant que condition d'admission, mentionnant ainsi :

« Aucune des parties ne devrait imposer des obligations de résultat comme condition d'admission, d'expansion ou d'entretien des investissements, qui exigent ou imposent des engagements pour exporter les marchandises produites, ou qui précisent que des biens ou des services doivent être achetés localement, ou qui imposent des conditions similaires <sup>417</sup>».

La plupart des traités bilatéraux signés par les Etats-Unis incluent une interdiction d'obligation de performance en tant que condition d'admission, de développement ou de maintien d'un projet d'investissement<sup>418</sup>.

---

<sup>414</sup> KLINE J. ; LUDEMA R. – « Building a multilateral framework for investment: comparing the development of trade and investment accords », *Transnational Corporations*, 1997, vol.6, p.16

<sup>415</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.81

<sup>416</sup> CNUCED (1997b) – op.cit.p.34

<sup>417</sup> Par exemple, le traité modèle des Etats-Unis, 1984, article II(5)

<sup>418</sup> VANDEVELDE K (1993) – op.cit.p.652

Plus récemment, nombreux traités signés par le Canada ont suivi cette approche<sup>419</sup>, comme suit :

« V. (2) Aucune Partie Contractante (ne) pourrait imposer aucune des obligations suivantes en liaison avec la permission d'établissement ou d'acquisition d'un investissement ou faire respecter aucune des conditions suivantes en liaison avec le règlement ultérieur de cet investissement :

- a. pour exporter un niveau donné ou un pourcentage de biens;
  - b. pour acquérir un niveau donné ou un pourcentage en contenu national;
  - c. pour acheter, utiliser ou accorder une préférence aux biens produits ou aux services fournis dans son territoire, ou pour acheter des biens et services à des personnes de ce territoire;
  - d. pour relier d'aucune façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant des flux entrants des devises étrangères associés à cet investissement; ou
  - e. pour transférer la technologie, un procédé de production ou toute autre connaissance dont elle est propriétaire à une personne sur son territoire sans affiliation avec celui qui transfère, exception faite lorsque l'obligation est imposée, ou l'engagement ou le transfert sont imposés par une cour, un tribunal administratif ou une autorité concurrente, soit pour remédier à une violation des lois de la concurrence, ou à une contradiction avec les dispositions de cet Accord.
- [...]

VI. (2) Les dispositions des Articles II, III, IV et V de cet Accord ne s'appliquent pas à:

- a. l'approvisionnement par un gouvernement ou une entreprise publique;

---

<sup>419</sup> PATERSON R. – « Canadian investment promotion and protection treaties », *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, vol.29, p.378



b. aux subventions ou primes accordées par un gouvernement ou une entreprise publique, y compris des prêts, garanties et assurances accordés par le gouvernement;

c. tout programme d'aide étranger en cours ou futur destiné à promouvoir le développement économique, soit aux termes d'un accord bilatéral, soit conformément à un arrangement ou accord multilatéral, tel que l'Accord OCDE sur les crédits à l'exportation<sup>420</sup> ».

On retrouve cette approche dans d'autres traités<sup>421</sup> signés par le Canada<sup>422</sup>. A l'opposé, les Etats-Unis ont signé des traités bilatéraux où, au lieu d'interdire au pays d'accueil d'imposer des obligations de résultat aux investissements, il est demandé que celui-ci emploie « ses meilleurs efforts » pour éviter l'imposition de ces obligations, comme suit :

« [...] 7. Dans le contexte de ses politiques économiques et objectifs nationaux, chaque Partie devrait éviter imposer aux investissements des ressortissants ou des entreprises de l'autre Partie des conditions qui exigent l'exportation des biens produits ou l'achat des biens ou des services localement. Cette disposition devrait ne pas exclure le droit de chaque Partie Contractante à imposer des restrictions à l'importation des biens et des services sur leurs territoires respectifs<sup>423</sup> ».

Toutefois, certains traités bilatéraux plus récents signés entre les pays en développement font référence aux obligations de résultat, comme suit :

« 9. Les Etats Contractants devrait essayer aussi loin que possible d'éviter les obligations de résultat en tant que condition

---

<sup>420</sup> Traité bilatéral entre le Canada et le Philippines, 1995

<sup>421</sup> Traité bilatéral entre le Canada et le Trinidad Tobago, entre la Canada et le Venezuela, entre le Canada et le Barbade

<sup>422</sup> PATERSON R. – op.cit.p.381

<sup>423</sup> Traité bilatéral entre les Etats-Unis et le Zaïre, 1984, article II

d'établissement, d'expansion ou d'entretien des investissements, qui demandent ou imposent l'engagement à exporter des biens produits ou qui précisent que des biens et des services doivent être achetés localement ou qui imposent toute autre obligation similaire<sup>424</sup> ».

L'interdiction des obligations de résultat ne semblerait pas exclure qu'un pays d'accueil puisse offrir à un investisseur des incitations spéciales en contrepartie du respect des obligations de résultat. Toutefois, ces incitations, peuvent faire l'objet de la clause NPF et devraient ainsi être offertes à d'autres investisseurs<sup>425</sup>. En raison de leurs effets potentiels sur le commerce, les obligations de résultat ont fait partie des négociations GATT du cycle Uruguay, où elles ont été mentionnées dans l'Accord sur les mesures d'investissement liées au commerce (TRIMs).

#### *4.2 L'entrée et le séjour des ressortissants étrangers*

Comme la plupart des pays disposent du droit sans réserve d'exclure le capital étranger de certaines industries, ils souhaitent également disposer du droit sans réserve d'exclure les ressortissants étrangers de leur territoire. En même temps, les investisseurs étrangers sont généralement très réticents à établir des filiales qu'ils ne peuvent pas contrôler, et le contrôle souhaité pourrait exiger la présence d'un personnel expatrié sur l'emplacement de l'investissement pendant des périodes de temps prolongées<sup>426</sup>. De plus, le déroulement rentable d'un investissement peut exiger l'application des connaissances spécialisées détenues seulement par les ressortissants étrangers. Pour ces raisons, les pays d'accueil doivent trouver un équilibre approprié entre leur droit d'exclure les étrangers et leur désir de fournir un climat favorable à

---

<sup>424</sup> Par exemple, le traité entre le Salvador et le Pérou, le traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, 1991, article 2

<sup>425</sup> CNUCED (1996d) – op.cit.p.27

<sup>426</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.83

l'investissement, qui peut rendre nécessaire l'admission de certains étrangers.

En général, les traités bilatéraux fournissent peu d'aide aux investisseurs qui cherchent à obtenir l'admission des individus particuliers sur le territoire de l'investissement<sup>427</sup>.

Toutefois, il existe un nombre important des traités signés aussi bien par des pays développés, comme le Canada, la France, l'Allemagne et les Etats-Unis, que par des pays en développement, qui disposent d'une clause sur la question de l'admission des personnes physiques, nationaux d'une partie contractante (et de ses employés) sur le territoire de l'autre partie contractante, en liaison avec un investissement.

Cette clause précise comme suit :

« 3. Assujettis aux lois concernant l'entrée et le séjour des étrangers, les ressortissants de chaque Partie devraient être autorisés à entrer et rester sur le territoire de l'autre Partie, afin d'établir, administrer ou surveiller le déroulement d'un investissement auquel eux, ou une entreprise de la première Partie qui les emploie, se sont engagés ou sont en cours d'engager un montant considérable de capital ou d'autres ressources»<sup>428</sup>.

Cette disposition, en spécifiant « assujettis aux lois concernant l'entrée et séjour des étrangers », indique clairement que le droit d'entrée est subordonné aux lois nationales des parties de l'accord. Ainsi, un investisseur a un droit d'entrée à condition que cette entrée ne soit pas interdite par les lois de chaque partie concernant l'entrée, le séjour et l'emploi des étrangers.

Les traités bilatéraux conclus par la France et l'Allemagne exigent que chaque partie contractante accorde une attention spéciale aux demandes d'entrée et de séjour sur leur territoire aux ressortissants de

---

<sup>427</sup> WAELDE T. ; NDI G. – « Stabilizing international investment commitments : international law versus contract interpretation », *Texas International Law Journal*, 1996, vol.31, p.219

<sup>428</sup> Exemple, le traité bilatéral entre la Roumanie et les Etats-Unis, 1992, article II

l'autre partie contractante en liaison avec un investissement. Un exemple de cette deuxième approche se trouve dans le Protocole au traité bilatéral entre l'Allemagne et la République Dominicaine:

« Les Parties Contractantes devraient dans le cadre de leur législation nationale accorder une attention particulière aux demandes d'entrée et de séjour des personnes de chaque Partie Contractante qui souhaitent entrer sur le territoire de l'autre Partie Contractante en liaison avec la réalisation et le déroulement d'un investissement; la même attitude devrait s'appliquer aux ressortissants de chaque Partie Contractante, qui, en liaison avec un investissement, souhaitent entrer sur le territoire de l'autre Partie Contractante et y séjourner pour travailler. La demande des permis de travail devrait aussi disposer d'une attention compréhensive<sup>429</sup> ».

#### *4.3 Le personnel local*

Afin de favoriser le développement économique, les pays d'accueil ont souvent des lois qui exigent pour les investisseurs étrangers d'employer du personnel sur place<sup>430</sup>. Ces lois sont prévues pour s'assurer que les nationaux du pays d'accueil reçoivent une formation technique et de l'expérience managériale, mais accèdent également à un emploi. Il s'agit d'une question d'une grande importance pour beaucoup de pays en développement, dont un élément primordial de leurs stratégies de développement est d'acquérir des compétences technologiques et de gestion.

Comme il a été déjà mentionné, les investisseurs préfèrent maintenir le droit de contrôle sur leur investissement, et dans ce contexte veulent disposer du pouvoir d'avoir sur place au moins une partie du personnel administratif<sup>431</sup>. Dans ce sens, les traités conclus

---

<sup>429</sup> Traité bilatéral entre l'Allemagne et la République Dominicaine, 1984, Protocole

<sup>430</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.83

<sup>431</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.84

par les Etats-Unis recherchent des droits étendus dans le respect de l'emploi :

« Les entreprises qui sont légalement constituées en conformité avec les lois en vigueur ou les règlements d'une Partie, et qui sont des investissements, devraient avoir la permission d'engager le personnel administratif supérieur de leur choix, sans tenir compte de la nationalité<sup>432</sup> ». En ce qui concerne les pays en développement, les traités incluent également une clause similaire. Cependant, cette disposition ne peut pas prévaloir sur les lois de l'immigration du pays d'accueil. Ainsi, la protection qu'elle accorde est relativement faible parce que le pays d'accueil peut exclure la nomination d'un personnel particulier tout simplement en lui refusant l'entrée sur son territoire<sup>433</sup>.

#### *4.4 La transparence de la législation nationale*

Un des éléments qui assure un climat favorable aux investissements concerne la transparence des lois locales et des pratiques administratives: les investisseurs étrangers sont plus portés à faire des investissements dans un pays où ils peuvent connaître aisément les lois qui régiront leurs investissements<sup>434</sup>.

La plupart des traités bilatéraux ne mentionnent pas explicitement ce sujet, mais il existe des traités qui le précisent :

« [...] 2. Chaque Partie Contractante devrait rendre publiques toutes les lois, les règlements, les pratiques administratives et les procédures qui se rapportent à des investissements<sup>435</sup> ».

---

<sup>432</sup> Traité bilatéral entre les Etats-Unis et la Jamaïque, entre la Roumanie et les Etats-Unis, entre le Salvador et le Pérou

<sup>433</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit.p.93

<sup>434</sup> PARRA A. – op.cit.p.63

<sup>435</sup> Traité bilatéral entre la Malaisie et les Emirats Arabes Unis, 1991, article 2

Les traités signés par les Etats-Unis présentent une disposition similaire. Cependant, l'expression « rendre publiques » suggère que les lois devraient être disponibles pour les investisseurs, mais elle n'exige pas la distribution extensive des documents écrits où ces lois pourraient être trouvées.

Une autre disposition supplémentaire pourrait imposer à chaque partie contractante l'obligation de fournir à l'autre partie contractante des informations au sujet des investissements, comme dans l'exemple suivant:

« Sur la demande de chaque Partie Contractante, l'autre Partie Contractante devrait être d'accord pour des consultations sur l'interprétation ou l'application de cet Accord. A la demande de chaque Partie Contractante, des informations devraient être échangées sur l'impact que les lois, les règlements, les décisions, les pratiques ou les procédures administratives, ou les politiques de l'autre Partie Contractante, peuvent avoir sur les investissements couverts par cet Accord<sup>436</sup> ».

De la même façon, quelques traités plus anciens conclus par les Etats-Unis exigent pour chaque partie contractante « d'essayer d'établir des procédures appropriées » pour fournir les informations concernant l'investissement qui sont demandées par l'autre partie contractante. Cette obligation est assujettie aux lois de chaque partie contractante et à l'exigence de confidentialité des affaires<sup>437</sup>.

Selon la CNUCED, d'autres moyens pour favoriser la transparence sont constitués par des mécanismes consultatifs. Un exemple se trouve dans le traité entre la Chine et le Vietnam, qui exige pour les deux parties d'organiser des réunions, de temps en temps, portant sur un certain nombre d'objectifs relatifs au traité, y compris

---

<sup>436</sup> Traité bilatéral entre le Canada et la Hongrie, 1991, article X

<sup>437</sup> VANDEVELDE K (1993). – op.cit.p.663

pour échanger des informations sur les lois du pays d'accueil<sup>438</sup>. Ainsi, à l'article 11 est stipulé :

« 1. Les représentants des deux Etats Contractants devraient tenir des réunions de temps en temps dans le but de:

- (a) revoir l'application de cet Accord;
- (b) échanger des informations légales et des opportunités d'investissement;
- (c) résoudre les litiges qui surgissent de l'investissement;
- (d) avancer des propositions pour la promotion de l'investissement;
- (e) étudier d'autres sujets en liaison avec les investissements »<sup>439</sup>.

En conclusion, il faut tenir compte que « la transparence des lois et d'autres mesures gouvernementales a beaucoup de facettes, du simple fait de révéler et publier toutes les mesures du gouvernement conformément au système juridique d'un pays, jusqu'à informer particulièrement et à rendre disponibles certains types de mesures à un organisme international ou aux officiels d'un autre pays<sup>440</sup> ».

Pour ces diverses raisons, les efforts menés par les pays en développement en vue d'acquérir une plus grande transparence, au moyen de clauses appropriées insérées dans les traités bilatéraux, attestent la crédibilité de leur engagement à fournir un climat favorable à l'investissement<sup>441</sup>. Néanmoins, c'est le pays concerné qui décide de la meilleure façon dont les informations devraient être rendues disponibles. Par exemple, la Banque Mondiale dans les Principes Directeurs sur le traitement de l'investissement direct étranger, suggère aux Etats de préparer un annuaire sur l'investissement, qui réunirait toutes les lois, règlements et autres dispositions significatives relatifs aux investissements étrangers.

---

<sup>438</sup> SHISHI L. – op.cit.p.179

<sup>439</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Vietnam, 1992, article 11

<sup>440</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.85

<sup>441</sup> DOLZER; STEVENS (1995) – op.cit. p.97

## 5. Les exceptions générales

En plus des exceptions prévues dans les dispositions spécifiques d'un traité, les traités bilatéraux contiennent parfois des exceptions générales qui permettent à un pays d'accueil d'agir contre des actions qui autrement violeraient le traité. Les traités signés par les Etats-Unis, par exemple, comprennent des mesures nécessaires pour maintenir l'ordre public, le respect des engagements du pays d'accueil, maintenir ou restaurer la paix et la sécurité internationales, ou assurer la protection des intérêts essentiels tenant à leur propre sécurité<sup>442</sup>.

Une disposition concernant des exceptions générales mentionne ainsi : « Rien dans ce traité ne devrait empêcher une Partie Contractante à adopter des mesures non discriminatoires, pour des raisons de sécurité nationale interne et externe, d'ordre moral ou public<sup>443</sup> ».

Toutefois, la présence d'exceptions générales n'est pas généralisée. La plupart des traités ne disposent d'aucune exception générale, parce que, comme il a été noté, certaines clauses concernant des exceptions spécifiques sont subordonnées parfois aux lois nationales des parties contractantes.

Un traité est généralement prévu pour établir un minimum de traitement auquel a droit un investissement. Des questions peuvent surgir au sujet de l'effet d'un traité bilatéral sur d'autres lois ou accords qui fournissent un traitement plus favorable que le minimum garanti. De toute évidence, il n'y a aucun élément dans les traités bilatéraux qui suggère qu'ils puissent prévaloir sur d'autres lois ou accords plus favorables<sup>444</sup>. De ce fait, on pourrait se poser des questions sur la viabilité d'objectifs qui seraient d'accroître la protection accordée à un

---

<sup>442</sup> VANDEVELDE K (1993). – op.cit.p.663

<sup>443</sup> Traité bilatéral entre la Bolivie et le Pérou, article 3(5)

<sup>444</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.86



investissement. Toutefois, pour éviter toute interprétation erronée, quelques traités précisent que d'autres lois et accords qui assurent un traitement plus favorable à l'investissement devraient prévaloir<sup>445</sup>.

Ces dispositions diffèrent entre elles en fonction des types de textes législatifs ou accords internationaux auxquels elles s'appliquent, qui sont en général répartis en trois catégories : les normes de droit international, les lois nationales du pays d'accueil, et les accords entre l'investisseur et le pays d'accueil. La plupart de ces dispositions s'appliquent aux deux premières catégories, qui pourraient prévoir un traitement plus favorable. Selon la CNUCED, un exemple spécifique de cette approche se trouve dans les traités conclus par la Finlande, l'Allemagne, la Suède et le Royaume-Uni.

D'une manière plus précise, les accords conclus par la Suède avec la Chine, le Pakistan et la Yougoslavie stipulent qu'ils ne portent préjudice à « aucuns des droits ou bénéfices augmentant par les lois nationales et internationales les intérêts d'un national ou d'une entreprise d'un Etat Contractant sur le territoire de l'autre Etat contractant<sup>446</sup> ».

Quelques dispositions s'appliquent seulement à la troisième catégorie, donc aux accords entre l'investisseur et le pays d'accueil. Des exemples peuvent être trouvés en la matière dans plusieurs traités conclus par la Suisse<sup>447</sup>. Dans les traités signés par les Etats-Unis cette disposition s'applique aux trois catégories précitées<sup>448</sup>.

La disposition sur la conservation des droits devrait être distinguée de la « clause de stabilité », qui exige que, s'il y a changement de législation après l'admission d'un investisseur protégé par un traité

---

<sup>445</sup> SORNARAJAH M. – *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, p.75

<sup>446</sup> Traité bilatéral entre la Suède et le Pakistan, article 9

<sup>447</sup> HUU-TRU N.(1988) – op.cit.p.621

<sup>448</sup> VANDEVELDE K (1993). – op.cit.p.663

bilatéral, et si la nouvelle loi est moins favorable à l'investisseur, les dispositions préexistantes, plus favorables, restent applicables à cet investisseur<sup>449</sup>.

Cette disposition est prévue pour protéger les investisseurs des changements de la législation après leur admission. Un exemple de clause de stabilisation apparaît ainsi dans le traité entre la France et la Yougoslavie.

## **D. Le règlement des différends**

Les dispositions relatives au règlement des différends offrent les moyens de s'assurer que les standards de traitement et de protection accordés par un traité sont obligatoires et effectivement mises en application. De ce fait elles jouent un rôle critique dans les traités bilatéraux.

Selon l'expérience, des difficultés peuvent surgir facilement concernant l'interprétation et l'application des traités, et bien que quelques uns pourraient être résolus par les parties elles-mêmes, d'autres pourraient exiger des moyens externes de résolution. La présence de mécanismes efficaces pour la résolution des conflits est ainsi l'ultime garantie de protection pour les investisseurs étrangers<sup>450</sup>.

Les conflits d'investissement dans les traités bilatéraux d'investissements peuvent concerner des différends entre les investisseurs privés, entre un Etat et les investisseurs de l'autre Etat, ou entre les parties étatiques d'un traité. Les conflits entre les parties privées sont normalement résolus par le recours aux tribunaux de l'Etat

---

<sup>449</sup> SORNARAJAH M.(1994) – op.cit.p.77

<sup>450</sup> BREWER T. – « International dispute settlement provision : the evolving regime for foreign direct investment », *Law and Policy in International Business*, 1995, vol.26, p.633

qui en a la juridiction selon les règles du droit international privé ou par l'arbitrage commercial. De ce fait, ils ne font pas l'objet de cette étude.

Les conflits entre un Etat et les investisseurs de l'autre Etat devraient normalement être soumis également aux tribunaux ou aux autorités nationales compétentes. Ces conflits pourraient également être soumis à un autre mécanisme, mutuellement convenu. Ce recours représente actuellement la pratique courante pour les traités bilatéraux d'investissements.

Avant de procéder à l'analyse du mécanisme de résolution des différends, il convient de préciser que plusieurs traités prévoient une disposition selon laquelle les parties contractantes doivent se consulter mutuellement, sur un sujet concernant le traité, à la demande de l'une des parties contractantes<sup>451</sup>.

Parmi les pays qui ont prévus une *clause de consultation* dans le traité se trouvent la Chine, le Danemark, la Finlande, les Pays Bas, la Norvège et les Etats-Unis. Quelques traités mentionnent que les parties doivent se consulter périodiquement afin de revoir l'application du traité et s'entretenir sur des questions concernant l'investissement<sup>452</sup>. Il existe des arguments selon lesquels la présence d'une disposition de consultation dans un traité serait inutile, parce que le droit international coutumier impose aux pays l'obligation de chercher une solution amiable aux conflits, en commençant par le devoir de négociation de bonne foi<sup>453</sup>. Toutefois, l'existence d'une clause de consultation poursuit plusieurs objectifs. Elle crée d'abord l'obligation de consultation sur toutes les questions concernant le traité y compris celles qui pourraient ne pas être considérées comme conflictuelles. En effet, ces consultations pourraient prévenir les situations qui peuvent dégénérer en un différend.

---

<sup>451</sup> CNUCED(1999) – op.cit.p.88

<sup>452</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Vietnam, 1992, article 11

<sup>453</sup> BREWER T. – op.cit. p.635

En second lieu, les clauses de consultation accroissent les possibilités de résolution amiable des différends entre les parties, ce qui représente une préférence culturelle très importante pour certains pays. Troisièmement, dans certains traités cette clause est prévue en tant que méthode de surveillance et contrôle de l'application du traité<sup>454</sup>.

Cependant, malgré les consultations, les parties à un traité peuvent en arriver à une situation conflictuelle, pour laquelle les traités bilatéraux prévoient ou non des dispositions spécifiques. Pour mieux comprendre quel est le mécanisme de résolution le mieux adapté à chaque situation, il faut examiner les deux types de différends qui apparaissent dans la mise en pratique des traités, notamment les différends entre l'investisseur d'une partie contractante et l'Etat d'accueil (I) et les différends entre Etats (II).

## **1. Les différends entre l'investisseur et l'État d'accueil**

La plupart des traités bilatéraux prévoient actuellement des clauses sur le règlement des différends entre les investisseurs et les Etats d'accueil. Dans les traités plus anciens cette disposition mentionnait spécifiquement les types des conflits auxquels elle s'appliquait. Ainsi, ceux seulement qui correspondaient aux critères de la définition pouvaient être soumis à l'arbitrage<sup>455</sup>.

Depuis quelque temps, l'approche la plus fréquemment employée exige seulement que le litige soit lié à un investissement<sup>456</sup>. Selon cette approche, la plupart des traités utilisent différentes formulations, entre lesquelles il y a très peu de différence.

---

<sup>454</sup> Les traités entre le Danemark et la Pologne (article 13), la Chine et le Vietnam (article 11), le Kenya et les Pays-Bas (article 13)

<sup>455</sup> BREWER T. – op.cit. p.635

<sup>456</sup> Cette approche a été employée par plusieurs pays, dont le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

Par exemple, un traité peut mentionner que la clause du conflit entre l'investisseur et l'Etat s'applique aux différends « liées à » l'investissement, « relatifs à » l'investissement, « à l'égard » de l'investissement, ou « concernant » un investissement<sup>457</sup> :

« Chaque Partie Contractante consent à soumettre tout différend juridique survenu entre cette Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante concernant un investissement de cet investisseur sur le territoire de la Partie Contractante, au Centre Internationale pour le Règlement des Différends en matière d'investissements entre les Etats et les ressortissants des autres Etats (...)»<sup>458</sup>.

Une deuxième approche exige qu'un différend concerne une disposition du traité. Quelques traités appliquent la disposition concernant les différends « investisseur-Etat » à tout conflit concernant « l'interprétation ou l'application » du traité<sup>459</sup> ou concernant les obligations du pays d'accueil selon le traité<sup>460</sup>. Il s'agit d'une disposition plus précise que la précédente. Une autre variante de cette deuxième approche propose de limiter l'application de cette clause seulement aux différends qui concernent certaines dispositions d'un traité<sup>461</sup>. Elle reflète un désir de traiter l'arbitrage des différends avec des ressortissants étrangers comme un moyen exceptionnel pour des occasions relativement rares<sup>462</sup>.

Une troisième approche, caractéristique des traités signés par les Etats-Unis se trouve entre ces deux extrêmes. Elle s'applique aux différends concernant le manquement à une obligation prévue par un traité ou à une obligation stipulée dans une autorisation

---

<sup>457</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.90

<sup>458</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et les Pays-Bas, 1994, article 9

<sup>459</sup> Traité bilatéral entre la Tchécoslovaquie et la Suède, article 8(1)

<sup>460</sup> Traités bilatéraux signés par la Grande Bretagne et les Belize (article 8(1)), le Panama (article 79) et le Haïti (article 8(1))

<sup>461</sup> Très peu de traités, tels que le traité entre la Chine et le Vietnam, limitent la disposition aux disputes impliquant l'expropriation.

<sup>462</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.90

d'investissement<sup>463</sup>. Contrairement à la deuxième approche, celle-ci ne se limite pas aux obligations créées ou codifiées par le traité.

Les traités signés par les Etats-Unis contiennent une exception qui n'apparaît pas dans d'autres traités. Cette exception exclut de la portée d'un traité les différends survenus dans les programmes de crédits d'exportation et d'assurances, qui sont généralement couverts par d'autres accords<sup>464</sup>.

La grande majorité des traités bilatéraux d'investissement exige que l'investisseur et le pays d'accueil s'efforcent de résoudre le conflit à l'amiable, par *des négociations*, avant de le soumettre à l'arbitrage<sup>465</sup> :

« Article 8

1. Toute dispute entre un investisseur d'un Etat Contractant et l'autre Etat Contractant en liaison avec un investissement dans le territoire de l'autre Etat Contractant devrait, autant que possible, être résolu à l'amiable lors des négociations entre les parties au conflit.

2. Si le conflit ne peut pas être réglé par des négociations dans les 6 mois, l'une ou l'autre partie au conflit sera autorisée à soumettre celui-ci au tribunal compétent de l'Etat Contractant acceptant l'investissement<sup>466</sup> ».

Dans la plupart des cas, les traités exigent un délai minimal entre l'apparition du conflit et sa soumission à l'arbitrage. Le temps indiqué est le plus généralement de 6 mois<sup>467</sup>, mais il n'est pas inhabituel qu'un traité prévoit une autre période de temps<sup>468</sup>.

---

<sup>463</sup> VANDEVELDE K. – « United States bilateral investment treaties : the second wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, vol.14, p.679

<sup>464</sup> VANDEVELDE K. – op.cit.p.680

<sup>465</sup> BREWER T. – op.cit. p.636

<sup>466</sup> Traité bilatéral entre la Chine et le Vietnam, 1992, article 8

<sup>467</sup> Par exemple le traité bilatéral entre le Chili et la Suède, article 7(2)

<sup>468</sup> Dans le traité bilatéral entre l'Indonésie et la République de Corée (article 9(2)), la période mentionnée est de 12 mois. Dans le traité bilatéral entre le Danemark et la Lituanie, article 8(2) la période mentionnée est de 3 mois.

Selon le droit international, et spécialement la convention de Washington de 1965, un pays d'accueil peut ne pas accepter la réclamation d'un investisseur privé à son encontre si celui-ci n'a pas d'abord épuisé tous les voies internes de recours que lui offre l'ordre juridique de ce même Etat d'accueil<sup>469</sup>.

La question qui se pose alors est de savoir si l'investisseur doit épuiser ces voies internes de recours avant de faire appel au mécanisme du traité bilatéral concernant le règlement de différends investisseur-Etat et d'agir ainsi directement contre le pays d'accueil.

Les traités ont répondu à cette question de manière différente. En particulier, les traités les plus anciens exigeaient que l'investisseur recherche d'abord des solutions disponibles sur place, en soumettant le conflit aux cours ou aux tribunaux du pays d'accueil<sup>470</sup>.

Certains traités qui prescrivent le recours aux voies internes de recours du pays d'accueil, permettent à l'investisseur de soumettre un conflit à l'arbitrage dans le cadre du mécanisme de règlement de différends investisseur-Etat, après l'avoir soumis, pendant une période déterminée, aux juridictions locales, même si ces dernières n'ont pas conclu leurs démarches<sup>471</sup>. Cette période peut varier de trois mois jusqu'à deux ans<sup>472</sup>.

Dans quelques cas, les traités mentionnent que l'arbitrage est disponible seulement si le résultat obtenu à la suite des démarches locales est injuste. Dans cette disposition, d'une manière implicite, est intégré le principe que les démarches auprès d'un tribunal local soient suspendues lorsque le conflit est soumis à l'arbitrage international<sup>473</sup>.

Dans ce sens, l'article 26 de la Convention sur le règlement des différends (CIRDI), pour les disputes entre les Etats et les ressortissants

---

<sup>469</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.93

<sup>470</sup> Le traité bilatéral entre la Malaisie et les Pays-Bas, article XII

<sup>471</sup> BREWER T. – op.cit. p.638

<sup>472</sup> Par exemple, le traité bilatéral entre la Roumanie et le Sri-Lanka prévoit une période limite de six mois (article 7).

<sup>473</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.93

d'autres Etats, prévoit expressément le consentement à l'arbitrage de CIRDI, sauf indication contraire, à l'exclusion de n'importe quel autre remède<sup>474</sup>.

Une autre approche, tout à fait différente, consiste à énoncer explicitement que la condition d'épuisement des voies internes de recours puisse être écartée par consentement du pays d'accueil, ce dernier étant alors favorable à un arbitrage immédiat<sup>475</sup>. D'une façon alternative, quelques traités mentionnent simplement que l'engagement de procédures devant les juridictions locales par l'investisseur éteint le droit à l'arbitrage direct<sup>476</sup>. Cette alternative implique non seulement que l'épuisement n'est pas exigé, mais elle peut réellement décourager l'investisseur de poursuivre des solutions locales.

Un autre groupe de traités se situe entre ces deux approches, dans le sens qu'ils ne cherchent ni à exiger, ni à décourager l'épuisement des remèdes locaux. Ces traités indiquent simplement que la soumission du conflit aux remèdes locaux serait un des choix disponibles à l'investisseur<sup>477</sup>.

Selon la CNUCED, le traité entre l'Australie et la République Démocratique de Laos est un exemple de cette approche, comme suit :

« Article 12

[...] (2) Si le conflit en question ne peut pas être résolu par les consultations et les négociations, chaque partie du conflit peut :

a. en conformité avec les lois de la Partie Contractante qui a admis l'investissement, initier des démarches auprès des organismes administratives ou juridiques compétentes de cette Partie Contractante ;

---

<sup>474</sup> BROCHES A. – « Observations on the enforceability of ICSID arbitration », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol.6, 1991, p.326

<sup>475</sup> BREWER T. – op.cit. p.638

<sup>476</sup> Traité bilatéral entre la Roumanie et les Etats-Unis, article VI (3(a))

<sup>477</sup> CNUCED – *International Investment Agreements : A Compendium*, vol.I: Multilateral Instruments, 1996b, p.25



b. si les deux Parties Contractantes sont signataires de la Convention (CIRDI) de 1965, soumettre le conflit au CIRDI pour conciliation et arbitration selon les Articles 28 ou 36 de la Convention ».

Parfois ces traités n'excluent pas qu'un investisseur qui a fait appel aux remèdes locaux pourrait plus tard faire recours à l'arbitrage international, s'il considère insatisfaisant le résultat obtenu localement<sup>478</sup>.

En ce qui concerne l'arbitrage devant le CIRDI, il faut préciser brièvement qu'en 1965, la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre les Etats et les ressortissants d'autres Etats a été ouverte à la signature. La Convention a créé le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissement (CIRDI), affilié à la Banque Mondiale. L'objectif du CIRDI est d'offrir des facilités pour la conciliation ou l'arbitrage des disputes concernant l'investissement entre un investisseur privé et un pays d'accueil<sup>479</sup>

Selon l'article 25 (1) de la Convention, la juridiction du CIRDI existe à la fois dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil quand les deux sont parties de la Convention, et quand le pays d'accueil et l'investisseur ont consenti à la juridiction du CIRDI<sup>480</sup>. Un avantage d'arbitrage du CIRDI (pour l'investisseur) est qu'il permet aux investisseurs de contrôler la présentation de leurs réclamations. Les investisseurs n'ont plus besoin de persuader leurs pays d'origine à soumettre la réclamation ou de leurs confier le contrôle de la réclamation afin de la résoudre.

Du point de vue du pays d'origine et du pays d'accueil, un autre avantage serait qu'il amène le conflit d'investissement en dehors de

---

<sup>478</sup> BREWER T. – op.cit.p.639

<sup>479</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats: Trente années d'activité du CIRDI*, Ed. Juris Classeur, Coll. Travaux du CREDIMI, 2005, p.11

<sup>480</sup> BROCHES A. – op.cit.p.329

l'arène politique, et de ce fait, le conflit deviendrait alors un sujet à solutionner entre l'investisseur et le pays d'accueil dans le cadre d'un forum juridique international, plutôt qu'un sujet de controverse entre deux pays<sup>481</sup>. En 1968, l'Indonésie et les Pays-Bas ont conclu le premier traité bilatéral qui prévoyait une clause pour l'arbitrage CIRDI dans les conflits d'investissement<sup>482</sup>.

Pendant la décennie suivante, les pays négociant des traités bilatéraux ont commencé à y insérer des clauses concernant les conflits entre les investisseurs et l'État d'accueil, exprimant diverses formes de consentement de chaque Partie Contractante à l'arbitrage devant CIRDI. Une telle disposition avec de nombreuses variantes se trouve ainsi dans un grand nombre de traités bilatéraux<sup>483</sup>.

Dans quelques traités les parties contractantes ne consentent que partiellement à l'arbitrage du CIRDI, sinon autres traités mentionnent que le pays d'accueil « devrait consentir » à l'arbitrage du CIRDI<sup>484</sup>. Cette expression signifie que le CIRDI n'a pas de juridiction jusqu'à ce que le consentement exprès, au cas par cas, soit donné. Néanmoins, le refus du consentement violerait le traité, provoquant un renforcement des procédures dans les clauses concernant les conflits entre les États<sup>485</sup>.

Quelques traités<sup>486</sup> mentionnent que le consentement fait l'objet d'un accord entre le pays d'accueil et l'investisseur, ce que tend à signifier que le pays d'accueil n'a pas donné son consentement et que probablement il pourrait ne pas y consentir.

Un nombre important de traités récents prévoient des clauses qui spécifient le consentement irrévocable des Parties Contractantes. Même quand le consentement est donné, il n'a pas de sens si les deux Parties

---

<sup>481</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.93

<sup>482</sup> DOLZER R. ; STEVENS M. – *Bilateral Investment Treaties*, The Hague :Kluwer Publisher, 1995, p.97

<sup>483</sup> BREWER T. – op.cit. p.642

<sup>484</sup> Par exemple les traités bilatéraux entre les Pays-Bas et les Philippines (article 9(1)); le Japon et le Sri-Lanka (article 11); l'Égypte et le Japon (article 11)

<sup>485</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.94

<sup>486</sup> Traité bilatéral entre la Malaisie et la Suède, article 6

Contractantes au traité ne sont pas parties à la Convention CIRDI. Ainsi, ce consentement est effectif seulement à partir du moment où les deux parties contractantes adhèrent à la Convention<sup>487</sup>. Pour régler ce problème, le CIRDI établissait en 1978 « le service additionnel » (Additional Facility) comme mécanisme alternatif de juridiction pour arbitrer ou concilier certains types de conflits qui n'entrent pas dans le champ de compétence *ratione personae* du CIRDI<sup>488</sup>. Le service additionnel est disponible seulement si une des parties contractantes, en l'occurrence le pays d'accueil ou le pays d'origine de l'investisseur, mais pas les deux, est une partie à la Convention.

Certains traités conclus après 1978 prévoient une disposition selon laquelle les deux parties contractantes consentent à l'arbitrage des conflits par « le service additionnel » au cas où le CIRDI ne pourrait être saisi<sup>489</sup>. La grande majorité des traités cependant, ne contiennent pas une référence explicite à ce mécanisme alternatif. Les dispositions les plus anciennes concernant les différends investisseur-État stipulaient le consentement de chaque partie contractante en vue d'un arbitrage CIRDI. Dernièrement, la tendance paraît être plutôt de laisser aux investisseurs le choix des mécanismes d'arbitrage.

Quelques traités autorisent comme choix l'arbitrage par des organismes autres que le CIRDI ou le mécanisme alternatif qui lui est annexé, tel que l'arbitrage par la Chambre Internationale de Commerce ou par la Chambre de Commerce de Stockholm<sup>490</sup>.

Une autre solution consisterait en un arbitrage ad hoc, c'est-à-dire devant un tribunal spécialement constitué pour un différend particulier. Pour que l'arbitrage ad hoc soit effectif, le traité doit préciser les règles qui régiront la sélection de l'arbitre (ou des arbitres). En ce

---

<sup>487</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.14

<sup>488</sup> ICSID – *ICSID Additional Facility*, International Legal Materials, vol.21, 1982, p.1443-1472

<sup>489</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.16

<sup>490</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.95

sens, la plupart des traités mentionnent des règles spécifiques, y compris la formation du tribunal. Les règles le plus souvent spécifiées sont les règles d'arbitrage promulguées par la Commission de Nations Unies sur les lois du Commerce International (UNCITRAL)<sup>491</sup>.

L'avantage principal de l'arbitrage ad hoc est de permettre aux parties la flexibilité de structurer l'arbitrage à leur manière. En effet, les traités qui prévoient l'arbitrage ad hoc en utilisant les règles UNCITRAL, précisent souvent que les parties pourront en modifier les règles par un accord supplémentaire. Cependant, l'inconvénient de l'arbitrage ad hoc est que les parties n'ont pas le bénéfice de l'assistance offerte par les institutions d'arbitrage tels le CIRDI. Ces établissements peuvent fournir des listes d'arbitres ou des règles de procédure détaillées, et peuvent même aider au choix des arbitres<sup>492</sup>. Ainsi, certains traités prévoient le choix d'arbitrage des parties, comme suit :

« Chaque Partie consent à la soumission de tout conflit d'investissement au règlement par l'arbitrage irréversible selon le choix indiqué dans le consentement écrit du ressortissant ou de l'entreprise conformément au paragraphe 3<sup>493</sup> ».

La décision de fournir des modalités alternatives à l'arbitrage du CIRDI est le résultat d'un certain nombre de considérations<sup>494</sup>. Tout d'abord, il y avait la crainte que les décisions du CIRDI soient particulièrement vulnérables à l'annulation. Deuxièmement, on a assisté au succès des règles UNCITRAL qui semblait suggérer que ces règles étaient particulièrement adaptables aux règlements des différends investisseur-État. Troisièmement, quelques Etats ont développé des préférences pour des institutions particulières d'arbitrage pour des raisons dues aux particularités de ces institutions<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p.71

<sup>492</sup> BREWER T. – op.cit. p.645

<sup>493</sup> Traité bilatérale entre la Moldavie et les Etats-Unis, article VI(4)

<sup>494</sup> BROCHES A. – op.cit.p.328

<sup>495</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.95

Lorsqu'un traité contient le consentement des parties contractantes à plus d'un mécanisme d'arbitrage, il précise souvent que l'investisseur est autorisé à choisir le mécanisme auquel sera soumis le conflit. Le pays d'accueil ne peut pas invoquer la clause concernant le différend investisseur-État sans un acte de consentement de l'investisseur<sup>496</sup>. De cette façon, l'investisseur peut contrôler le choix du mécanisme, par un refus sélectif du consentement.

Quelques traités prévoient, parmi les mécanismes à choisir par l'investisseur, la soumission du conflit aux cours ou aux tribunaux administratifs du pays d'accueil<sup>497</sup>. Mais dans ce cas, le traité devrait indiquer si la décision de l'investisseur d'en appeler aux juridictions locales exclut ou non la possibilité de recourir à l'arbitrage international.

Les tribunaux internationaux donnent généralement une solution aux litiges en fonction de la loi qui régit le conflit. Un investisseur et un pays d'accueil pourraient inclure dans un accord d'investissement une clause indiquant la loi applicable aux conflits concernant l'investissement<sup>498</sup>. Alternativement, quelques traités prévoient une clause qui permet le choix de la loi dans la disposition concernant le conflit investisseur-État<sup>499</sup>. En l'absence d'une telle clause, un arbitre ou un tribunal arbitral, pour décider, peut librement décider d'employer le droit national ou le droit international.

L'arbitrage des conflits d'investissement a été parfois régi par le droit international, d'autres fois par les lois nationales. Quand l'arbitrage du CIRDI est choisi, il est assujéti à l'article 42 de la Convention, qui prévoit qu'en absence d'un accord entre les parties pour le choix de la loi applicable, le tribunal appliquera celle de l'Etat

---

<sup>496</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.96

<sup>497</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et les Pays-Bas, article 9

<sup>498</sup> BREWER T. – op.cit.p.647

<sup>499</sup> Par exemple, le traité bilatéral entre la Chine et le Vietnam (article 8) et le traité bilatéral entre l'Union Economique Belgique-Luxembourg et le Chypre (article 10(5))

d'accueil et à titre supplétif les règles du droit international, si elles sont applicables<sup>500</sup>.

Les investisseurs pourraient préférer l'application du droit international à tout conflit d'investissement, parce que le droit international assure parfois une plus grande protection par rapport à la loi nationale, ou parce que le pays d'accueil peut entre temps changer sa propre loi au détriment de l'investisseur<sup>501</sup>. En effet, même l'acte qui provoque par lui-même le conflit peut modifier la loi nationale d'une manière qui pourrait éteindre toute réclamation de l'investisseur en vertu de la loi nationale. Pour les mêmes raisons, le pays d'accueil préfère généralement l'application de ses propres lois.

Certains traités<sup>502</sup>, prévoient les deux : l'application du droit international et de la loi nationale. Dans cette situation, c'est le tribunal saisi qui a la charge de décider quel ordre juridique devrait s'appliquer à chaque question soulevée par le litige.

Un traité peut également indiquer de façon indirecte le choix de la loi. Certains prévoient, par exemple, que le traitement accordé aux investissements ne devrait en aucun cas être inférieur au traitement exigé par le droit international. Une telle clause n'exclut pas l'application de la loi nationale, aussi longtemps que son application n'est pas en contradiction avec le droit international.

Plusieurs traités incluent des clauses qui sont prévues pour faciliter l'exécution du jugement prononcé par le tribunal arbitral dans les cours nationales. Nombre de traités exigent des parties contractantes qu'elles mettent en application les décisions arbitrales des tribunaux sous certaines conditions. En général, par ses clauses, un traité bilatéral cherche à s'assurer que le jugement prononcé dans le

---

<sup>500</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.21

<sup>501</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.97

<sup>502</sup> Par exemple, le traité entre la Chine et le Vietnam, de 1992

cadre d'une clause de règlement des différends « investisseur-État » satisfait ces conditions<sup>503</sup>.

Ainsi, la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et les ressortissants des autres États, est le plus important accord de ce type, qui exige de toutes les parties qu'elles appliquent toute décision issue d'un tribunal CIRDI<sup>504</sup>. Ainsi, si un investisseur choisit l'arbitrage CIRDI, la décision en résultant devra être exécutoire sur le territoire de chaque État, partie à la Convention. Si un investisseur choisit autre forme de règlement des différends, la Convention n'exige pas la mise en application de la décision.

Un autre accord important, du même type, est la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>505</sup>, souvent désignées sous le nom de la Convention de New York, de 1958. Généralement, elle s'applique aux sentences arbitrales étrangères et peut de ce fait être utilisée pour imposer les sentences arbitrales prises par d'autres organismes que le CIRDI.

Une variante prévoit que chaque partie appliquera le jugement sur son territoire conformément à ses lois nationales<sup>506</sup>. Dans ce contexte, il se pourrait qu'une sentence ne soit pas applicable si les lois nationales d'une partie contractante ne prévoient pas l'application. La subordination de l'applicabilité des sentences d'arbitrage aux lois nationales atténue leur portée d'une façon importante<sup>507</sup>. Certains traités<sup>508</sup> mentionnent que toute sentence issue du mécanisme de règlement des différends « investisseur-Etat » devra être irrévocable et obligatoire. Les effets de cette clause sont qu'un investisseur ne peut

---

<sup>503</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.97

<sup>504</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.23

<sup>505</sup> CNUCED (1996b) – op.cit.p. 15

<sup>506</sup> Traités bilatéraux entre la Chine et le Vietnam (article 8 (5-8)), et entre la Lituanie et le Suède (article 7 (5))

<sup>507</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.98

<sup>508</sup> Traité bilatéral entre le Chili et la Norvège (article 8 (4))

pas choisir un des mécanismes d'arbitrage puis, s'il n'est pas satisfait du résultat, remettre le traitement du différend à un autre mécanisme.

La Convention du CIRDI s'applique aux disputes entre un Etat et un investisseur d'un autre Etat. Lorsque le pays d'accueil porte préjudice à une entreprise qui est constitué conformément aux lois locales mais qui est la propriété des ressortissants de l'autre partie contractante, l'entreprise pourrait être potentiellement considérée comme ayant la nationalité du pays d'accueil et de ce fait l'entreprise ne peut pas soumettre l'action de préjudice à l'arbitrage du CIRDI.

Pour éviter cette difficulté, et faciliter le recours à l'arbitrage CIRDI, l'article 25(2) de la Convention CIRDI mentionne que deux Etats peuvent se mettre d'accord pour qu'une entreprise soit traitée comme une entreprise d'un Etat si les nationaux de cet Etat détiennent la propriété ou le contrôle<sup>509</sup>.

Cette disposition permet ainsi à une entreprise constituée selon les lois d'un pays d'accueil de soumettre un conflit avec le pays d'accueil à l'arbitrage, à condition que juste avant le conflit celle-ci ait été détenue ou contrôlée par les ressortissants de l'autre partie contractante du traité. La propriété et le contrôle sont appréciés juste avant le fait générateur du différend, de sorte que, si le conflit est généré par l'expropriation de l'entreprise locale par le pays d'accueil, cette dernière ne sera pas traitée comme une entreprise ayant la nationalité du pays d'accueil, mais comme une entreprise étrangère<sup>510</sup>.

La plupart des traités qui contiennent une clause de règlement des différends « investisseur-Etat », incluent également, presque toujours, une clause de règlement des différends entre les Etats<sup>511</sup>. Ainsi, quelques pays ont constaté qu'un conflit soumis à l'arbitrage par l'investisseur peut être soumis ultérieurement à l'arbitrage par le pays

---

<sup>509</sup> BROCHES A. – op.cit.p.329

<sup>510</sup> BREWER T. – op.cit.p.648

<sup>511</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.24



d'origine de l'investisseur. Pour éviter cette situation, certains traités contiennent une clause qui prévoit qu'un conflit soumis à l'arbitrage selon la clause de règlement des différends entre un investisseur et un État, ne peut pas être également soumis à l'arbitrage par une clause de règlement des différends entre les États<sup>512</sup>.

La convention CIRDI prévoit que, lorsqu'un conflit est soumis à l'arbitrage CIRDI, le même conflit ne peut pas faire l'objet d'une réclamation ultérieure par le pays d'origine de l'investisseur, sauf si le pays d'accueil ne se conforme pas à la sentence arbitrale<sup>513</sup>.

## **2. Les différends entre États**

Pratiquement tous les traités incluent une clause d'arbitrage irrévocable entre les parties contractantes. Ces dispositions se retrouvent constamment dans les traités, malgré le grand nombre de pays nouveaux qui ont commencé à conclure des traités bilatéraux dans les années récentes.

La terminologie standard utilisée dans la plupart des traités stipule que la clause de règlement des différends entre États s'applique aux conflits entre les parties contractantes en ce qui concerne l'interprétation ou l'application du traité<sup>514</sup>.

Dans plusieurs traités, comme nous l'avons vu auparavant, le mécanisme de règlement des différends « investisseur-État » s'applique à tous les conflits d'investissement, même s'ils ne concernent pas l'interprétation ou l'application du traité. Ainsi dans ces traités le mécanisme de règlement des différends entre les États a une applicabilité plus étroite, en même temps qu'il traite différents problèmes et possède différentes fonctions<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.99

<sup>513</sup> Article 27 (i) de la Convention CIRDI

<sup>514</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.26

<sup>515</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.100

Comme il a été également noté ci-dessus, dans un certain nombre des traités, une disposition précise qu'un litige soumis à la résolution sous une clause de règlement des différends « investisseur-État » ne peut pas être soumis à l'arbitrage sous une clause de règlement des différends État-État, sauf quelques exceptions.

La clause de règlement des différends entre les États prévoit généralement que les conflits devraient être réglés par négociation, si possible. La clause est généralement rédigée comme suit: « Les conflits entre les Parties Contractantes au sujet de l'interprétation ou de l'application de cet accord devraient, aussi loin que possible, être réglés par des négociations entre les Parties Contractantes<sup>516</sup> ».

Comme pour la clause du règlement des différends « investisseur-État », il est habituel de stipuler qu'un délai minimal de temps doive s'écouler entre la date où le conflit surgit et la date à laquelle il peut être soumis à l'arbitrage. La période habituellement prescrite est de 6 mois, mais elle peut s'étendre de moins de trois mois à plus d'un an. Selon l'étude CNUCED, dans quelques traités, la période de temps n'est pas spécifiée<sup>517</sup> ou bien il est seulement exigé<sup>518</sup> qu'un « délai raisonnable » soit respecté.

Les dispositions du règlement des différends entre États prévoient presque toujours l'arbitrage devant un tribunal constitué spécifiquement pour le conflit en question, plutôt que l'arbitrage devant une institution existante<sup>519</sup>. Un bon nombre des traités emploient la même procédure pour constituer un tribunal.

La procédure usuelle est que chaque partie contractante choisit son propre arbitre. Par la suite, ils décident de s'adjoindre un troisième

---

<sup>516</sup> Par exemple dans le traité bilatéral entre la Lituanie et la Norvège, article X (1)

<sup>517</sup> Traité bilatéral entre la Grande Bretagne et l'Ouzbékistan, article 9(2) ; entre l'Indonésie et la République de Corée, article 12(2)

<sup>518</sup> Traité bilatéral entre la Lituanie et les Pays-Bas, article 13 (1)

<sup>519</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.26

qui sera le président du tribunal<sup>520</sup>. Souvent il est précisé que le troisième arbitre peut ne pas être ressortissant d'aucune des deux parties contractantes, comme le démontre la clause suivante :

« Chaque partie contractante devrait nommer un membre et ces deux membres conviendront d'un ressortissant d'un tiers Etat en tant que leur Président<sup>521</sup> ».

D'autres traités n'incluent pas cette condition, probablement en raison de ce que l'on fait confiance aux arbitres désignés pour ne pas proposer une personne qui serait inacceptable pour les parties contractantes.

Généralement, le processus pour le choix des arbitres est régi par une série de dates limites. L'approche la plus commune est d'accorder à chaque partie contractante deux mois pour nommer son arbitre et ensuite deux mois supplémentaires pour choisir le président<sup>522</sup>. Certains traités prolongent une ou les deux périodes à trois ou six mois, et occasionnellement acceptent des délais plus courts.

Le processus pour constituer le tribunal peut échouer dans deux situations: d'une part, lorsqu'une partie contractante refuse de nommer un arbitre ; d'autre part, lorsque les arbitres ne parviennent pas à s'entendre sur le choix du président<sup>523</sup>. Pour empêcher ces situations, les traités prévoient que, au cas où un arbitre ne serait pas nommé pendant la période spécifiée, l'une ou l'autre partie contractante pourrait réclamer qu'une personne officielle mais neutre, considérée comme autorité de désignation, procède à la nomination, comme dans la clause suivante :

« Si les périodes indiquées ont été dépassés, l'une ou l'autre des Parties Contractantes peut, en absence d'un autre arrangement

---

<sup>520</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.100

<sup>521</sup> Comme mentionné à l'article 9 (3) du traité entre l'Autriche et la Corée

<sup>522</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.100

<sup>523</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.21

approprié, inviter le Président de la Cour Internationale de Justice à faire les désignations nécessaires<sup>524</sup> ».

Cependant, on retrouve des différences entre les traités concernant leur choix de l'autorité de désignation. De loin, l'autorité de désignation la plus mentionnée est le Président de la Cour internationale de justice. D'autres traités désignent le Secrétaire général des Nations Unies, de même que le Secrétaire général du CIRDI, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, le Président de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm<sup>525</sup>.

Certains traités mentionnent une autorité de désignation alternative, qui fera la désignation dans les situations suivantes: lorsque la personne officielle désignée par l'autorité n'est pas disponible pour certaines raisons, ou lorsque la personne officielle nommée initialement comme autorité de désignation serait un ressortissant d'une des parties contractantes. Ainsi, dans plusieurs traités<sup>526</sup> qui spécifient la Président de la Cour internationale de justice en tant qu'autorité de désignation, il est précisé ainsi :

« Si le Président est un ressortissant des Parties Contractantes, ou s'il doit être déchargé autrement de la dite fonction, le Vice-président, ou en cas de son incapacité, le membre le plus ancien de la Cour internationale de justice sera invité, dans les mêmes conditions, à faire les nominations nécessaires<sup>527</sup> ».

Plusieurs traités bilatéraux autorisent explicitement le tribunal arbitral à déterminer sa propre *procédure*. Ainsi, le tribunal peut rédiger ses propres règles ou peut adopter un ensemble de règles existantes, parfois avec quelques modifications. Quelques traités précisent quel ensemble de règles particulières doit être employé. C'est le cas des

---

<sup>524</sup> Traité bilatéral entre l'Autriche et la République de Corée, article 10 (4)

<sup>525</sup> CNUCED (1999) – op.cit. p.101

<sup>526</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.102

<sup>527</sup> Traité entre l'Autriche et la Corée

traités conclus par les Etats-Unis, qui initialement demandaient l'utilisation des *Règles de procédure arbitrale* adoptées par la Commission du droit international, sauf si les parties en décidaient autrement, mais depuis 1987 ils exigent l'utilisation des règles UNCITRAL, tout en respectant le droit des parties à opter pour d'autres règles<sup>528</sup>.

Le pouvoir détenu par le tribunal arbitral de déterminer sa propre procédure fait généralement l'objet d'une contrepartie qui est l'obligation que toute décision soit prise à l'issue d'un vote majoritaire. Dans certains cas, ce pouvoir du tribunal de déterminer sa propre procédure est établi par accord entre les parties contractantes<sup>529</sup>.

Selon le droit international, les tribunaux d'arbitrage international détiennent par eux-mêmes, comme une compétence inhérente à leur mission et à l'indépendance qu'elle suppose, la détermination de leurs propres règles de procédure<sup>530</sup>. Ainsi, la clause spécifiant que le tribunal est autorisé à déterminer sa propre procédure interne n'est pas strictement nécessaire. A l'opposé, l'inclusion de l'exigence que le tribunal procède par vote majoritaire est souhaitable.

Très peu des traités précisent quelles *procédures juridiques* devraient être appliquées par le tribunal. Cependant quelques uns<sup>531</sup>, prévoient une disposition précisant que le tribunal doit appliquer les dispositions du traité et les principes du droit international. Plusieurs traités précisent également que le traitement accordé à l'investissement devra être conforme au droit international, ce qui exige implicitement du tribunal qu'il applique le droit international aux conflits impliquant le traitement d'un investissement. En général, les traités qui prévoient cette clause précisent expressément l'application du droit international

---

<sup>528</sup> VANDEVELDE K. – op.cit.p.680

<sup>529</sup> Traités bilatéraux entre le Chili et le Danemark, article 10 (6) et entre le Ghana et la Suisse, article 13 (6)

<sup>530</sup> SHIHATA I. – « Recent trends relating to entry of foreign investment », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol.9, 1996, p.67

<sup>531</sup> Par exemple les traités conclus par le Danemark, la Norvège et les Etats-Unis

pour l'arbitrage des différends. Cependant, cette clause précisant le choix du droit, est absente dans un nombre important des traités, sur la supposition que c'est le droit international qui régit l'arbitrage entre les Etats, sauf si les parties en disposent autrement<sup>532</sup>.

En même temps, il existe des traités qui présentent une clause différente à l'égard du choix du droit, en ce sens qu'ils demandent l'application des lois de l'Etat d'accueil de l'investissement<sup>533</sup>.

Quelques traités spécifient que tout tribunal constitué dans le cadre d'une clause concernant les différends entre l'investisseur et l'Etat devra appliquer les lois du pays d'accueil aussi bien que le droit international. De ce fait, s'il y a un différend entre l'investisseur et l'Etat, par rapport à un différend entre les Etats, il peut arriver que soient appliqués différents ensembles des lois.

Lorsque le droit international est susceptible d'être plus favorable à un investisseur que ne le serait le droit local de l'Etat d'accueil, cela pourrait constituer pour l'investisseur une incitation à demander à son pays d'origine de soumettre le litige à un arbitrage entre Etats. C'est la raison pour laquelle une disposition sur les procédures applicables à l'arbitrage précise habituellement que toutes les sentences du tribunal seront définitives et irrévocables<sup>534</sup>. À cet égard, la clause de règlement des différends entre les Etats est similaire à celle concernant les différends entre les investisseurs et l'Etat.

Les dispositions concernant le règlement des différends entre Etats mentionnent explicitement la manière dont les coûts d'arbitrage doivent être divisés entre les parties contractantes. L'approche la plus utilisée consiste à déclarer que chaque partie contractante devrait supporter les coûts de sa propre représentation devant le tribunal et

---

<sup>532</sup> BREWER T. – op.cit.p.653

<sup>533</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.102

<sup>534</sup> MANCIAUX S.; KAHN P. – op.cit.p.27

pour l'arbitre qu'elle nomme<sup>535</sup>. Les coûts restants devraient être divisés également entre les parties contractantes<sup>536</sup>.

Une formule alternative à cette approche prévoit que chaque partie contractante supportera les coûts de sa propre représentation, le restant des coûts, y compris les coûts pour la désignation des arbitres, étant alors partagé entre les parties contractantes : « Les dépenses encourues par le Président, les autres arbitres et les autres coûts des procédures devraient être payés....également par les parties<sup>537</sup> ».

Comme nous pouvons le constater, la différence entre ces deux approches est que, selon la première, chaque partie contractante paye les coûts des arbitres désignés, tandis que, pour la deuxième approche, ces coûts seront partagés également entre les parties.

Un nombre important des traités permettent cependant au tribunal de décider lui-même comment opérer le partage des coûts entre les parties : « Le tribunal peut, cependant, à sa latitude, décider qu'une proportion plus élevée des coûts soit payée par une des Parties ». Cette disposition permet au tribunal de mettre une plus grande part des coûts à la charge d'une partie contractante qui aurait soulevé des arguments superficiels ou qui aurait agi de manière à entraver ou augmenter les coûts de l'arbitrage.

En conclusion, il faut préciser que la clause concernant les moyens alternatifs de règlement des différends dans les traités bilatéraux est considérée habituellement comme le seul moyen important pour assurer un climat fiable aux investissements. Les traités bilatéraux soulignent, tout d'abord, que la négociation et la conciliation sont les moyens les plus rapides, discrets, moins coûteux et donc les plus souhaitables pour le règlement des différends<sup>538</sup>. En outre, la possibilité de résoudre les conflits du type investisseur-État dans un

---

<sup>535</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.103

<sup>536</sup> Par exemple, le traité entre l'Allemagne et le Swaziland, article 10 (5)

<sup>537</sup> Traité bilatéral entre la Tunisie et la Turquie, article VIII (6)

<sup>538</sup> BREWER T. – op.cit.p.669

cadre neutre, autorisé par la grande majorité des traités bilatéraux, représente le progrès le plus significatif vers la «dépolitisation» des différends portant sur des investissements<sup>539</sup>. Le recours aux tribunaux nationaux du pays d'accueil demeure, naturellement, une possibilité, mais ces conflits d'investissement exigent des connaissances techniques spécialisées pour traiter la complexité des problèmes et des relations suscités par l'investissement.

La plupart des spécialistes estiment que les traités d'investissement apportent une contribution significative au développement du droit international. Des concepts, dont le traitement NPF, qui initialement étaient développés dans le contexte du commerce des marchandises, sont devenus des standards caractéristiques des traités bilatéraux. Ainsi l'éclaircissement de ces concepts se réalise grâce au développement de la jurisprudence sur les traités bilatéraux. Le résultat est qu'il existe une similarité grandissante entre les instruments les plus récents à tous les niveaux.

Bien que les traités soient de plus en plus complexes et sophistiqués, les motivations des parties restent toujours liées à l'objectif de croissance économique et de développement. En même temps, la pratique de ces dernières années, par le nombre croissant de pays de toutes les régions qui ont conclus des traités, suggère qu'il existe une certaine ressemblance des approches sur le traitement et la protection des investissements.

Cependant, pour la formulation d'un accord, la position relative des parties dans la négociation et leur stratégie individuelle jouent un rôle très important. Pour le pays d'origine, les traités bilatéraux sont conclus principalement dans l'intention d'assurer une protection légale de leurs investissements à l'étranger et réduire ainsi les risques non commerciaux. Les pays d'accueil signent les traités principalement pour

---

<sup>539</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.103



améliorer leur climat d'investissement et pour attirer encore plus d'investisseurs étrangers, car le rôle positif des flux d'investissements sur l'économie du pays d'accueil est largement reconnu. Cependant, malgré la convergence grandissante des politiques et des approches à l'égard des investissements directs étrangers à travers le monde, il persiste encore des différences significatives entre les traités, y compris entre ceux signés par un même pays, en fonction du modèle de formulation du traité proposé dans des contextes différents. Pour cette raison, les traités signés par un même pays peuvent varier sensiblement.

Un des *avantages* des traités bilatéraux c'est qu'ils peuvent être adaptés à des circonstances spécifiques pour les deux parties, plus facilement que pour d'autres types d'accord et ils sont relativement faciles à conclure. De ce fait ils peuvent être réalisés plus vite que les accords régionaux, et plus encore, multilatéraux.

Pour les pays en développement et en transition, les traités bilatéraux peuvent permettre de leur attribuer un traitement préférentiel. Ainsi, les aspects concernant les développements sont plus significatifs pour certaines clauses telles que l'admission, le traitement national, l'expropriation et le transfert des fonds. Ces dispositions présentent souvent un certain nombre de critères, d'exceptions ou de dérogations en fonction des besoins spécifique du développement et des objectifs du pays d'accueil.

La pratique de la jurisprudence et des relations économiques internationales suggère que les clauses concernant le traitement de la propriété étrangère reflète les principes traditionnels du droit international coutumier, comme par exemple le droit des Etats au contrôle de l'entrée des investisseurs étrangers et de leurs investissements sur leurs territoire, le principe du traitement juste et équitable (qui devrait être étendu pour inclure la non discrimination et

la protection de la loi), et quelques exigences juridiques relatives à l'expropriation de la propriété étrangère.

En même temps, les traités bilatéraux ont une influence significative sur les autres types d'accords concernant les investissements, car des innovations introduites par un pays dans un traité se retrouvent dans tous les traités négociés avec d'autres pays. Un aspect important concernant la relation entre les traités bilatéraux et les autres types d'accords d'investissements est la présence de la clause NPF, qui peut obliger un pays à étendre sur ses partenaires du traité toutes les bénéfices ou les privilèges qu'il attribuera à un autre pays dans tous les accords à venir sur l'investissement. Ainsi, les conditions plus favorables accordées aux investisseurs dans le cadre d'un traité sont étendues automatiquement à un pays tiers, non seulement dans le cadre d'autres traités bilatéraux mais aussi dans le cadre des accords régionaux et multilatéraux signés par chaque partenaire. De cette manière, les traités bilatéraux peuvent fournir une contribution importante dans l'élaboration des règles au niveau régional et multinational.

Les désavantages des traités bilatéraux tiennent au fait que la prolifération des traités pourrait conduire à un réseau complexe des clauses qui sont difficile à appliquer et qui peuvent affecter d'une manière négative le flux d'investissement. En même temps, la négociation bilatérale entre des parties qui ont une puissance de négociation inégale pourrait favoriser d'une manière disproportionnée les intérêts d'une partie. Malgré leur apparente uniformité, « les accords bilatéraux se révèlent être une arme de guerre commerciale et un moyen de domination<sup>540</sup> », surtout dans le cadre de l'affrontement régulier entre les Etats-Unis et l'Union Européenne<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> ROSIAK P. – *Les transformations du droit international économique: Les Etats et la Société civile face à la mondialisation*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2003, p.162

<sup>541</sup> « Cette guerre commerciale résulte d'un basculement de l'économie américaine qui a été déstabilisée par celle de l'Union européenne. Durant des décennies les Etats-Unis ont engrangé de solides excédents avec les pays européennes et ce, dans de

En général, le droit international fournissait des préceptes unanimement acceptés: « tout Etat, parce qu'il jouissait de la souveraineté territoriale, demeurait libre, en sa totale discrétion, d'admettre ou de ne pas admettre sur son territoire les investissements étrangers<sup>542</sup> ». Selon des auteurs, « le problème c'est que les principes du droit international général ont progressivement reculé devant les règles du droit international conventionnel, et que ceux-ci tendent à faire prévaloir les impératifs de la libre circulation sur ceux de la libre détermination<sup>543</sup> ».

Sur ce point, les spécialistes ont souvent opposé les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements, selon qu'elles se fondent sur le modèle européen<sup>544</sup> ou sur le modèle américain<sup>545</sup>. En opposant les conventions européennes et américaines, on pourrait soutenir qu'il existe une pratique européenne, d'après laquelle la souveraineté prévaut sur la libre circulation et une pratique américaine, d'après laquelle la libre circulation prévaut sur la souveraineté.

---

multiples secteurs. Depuis la seconde moitié des années 1990, les Etats-Unis subissent un déficit commercial avec les pays de l'UE (point culminant en 1999 avec un déficit de 22 milliards d'euros). Cette situation durcit les positions prises par les EU dans ce qui est appelé aujourd'hui la guerre commerciale, dans « Le commerce mondial », no.299, les Cahiers français, La Documentation française, 4<sup>e</sup> trimestre 2000.p.42-43

<sup>542</sup> JUILLARD P. – « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, tome 250, 1994, VI, p.147-158

<sup>543</sup> JUILLARD P. – « A propos du décès de l'AMI », *AFDI*, 1998, p.610

<sup>544</sup> OCDE – Rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, intitulé « Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement », du 27 mai 1984, qui précise : « 32. Si la plupart des conventions passées jusqu'ici encouragent les flux d'investissement entre les parties, elles ne confèrent pas le droit d'entrée ou d'établissement. Il est prévu que celui-ci est régi par les lois, les réglementations et procédures des pays d'accueil. Ainsi qu'il est dit, par exemple, au paragraphe 2 du modèle allemand, chaque partie autorise conformément à sa législation les investissements de capitaux de la part des ressortissants et de sociétés de l'autre partie. Aux termes du modèle français, les obligations prévues dans la convention s'appliquent aux investissements d'une des parties, étant entendu que ces investissements doivent être ou avoir été effectués conformément à la législation de l'autre partie » p.11-12

<sup>545</sup> « La convention américaine va plus loin en étendant l'application du principe du traitement national et le bénéfice du régime de la nation la plus favorisée, non seulement aux investissements réalisés conformément à la législation et aux procédures du pays d'accueil, mais encore à l'admission et à la mise en place de ces investissements. », p.12

## ***CHAPITRE TROISIEME - L'INFLUENCE DES RELATIONS RÉGIONALES ET MULTILATÉRALES SUR LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS***

Un deuxième phénomène d'une importance historique, dans la perspective des relations internationales et aussi pour l'évolution du droit international des investissements, s'est manifesté vers la fin du deuxième millénaire et au début du troisième. Il s'agit d'une prolifération sans précédent des arrangements régionaux, qui accompagne la mondialisation de l'économie.

La diffusion du phénomène régional dans les relations commerciales n'a pas été uniforme dans le temps. Dans un premier temps, le régionalisme s'exprimait uniquement entre des parties ayant à peu près le même niveau de développement économique, donc soit Nord-Nord, soit Sud-Sud, pour des raisons de préférences commerciales et plus important encore, pour des considérations de nature politique. C'est la Communauté européenne qui a commencée à fixer à ses membres des objectifs plus larges vers la libéralisation commerciale.

Pour les pays en développement, les arrangements régionaux leur permettaient l'accès à des marchés plus étendus, et surtout de dépasser les limites des politiques nationales de substitution aux importations. Pour ces pays, le régionalisme devenait le moyen de pallier leur insuffisance économique et leurs faiblesses politiques dans les relations internationales. De ce fait, parfois « la régionalisation de leurs efforts était une nécessité<sup>1</sup> ».

Au fil du temps le nombre des pays qui sont devenus parties à des arrangements régionaux s'est agrandi, de même que s'élargissait la dimension Nord-Sud de leurs relations.

---

<sup>1</sup> FAINI R., GRILLI E. – *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*, McMillan Press Ltd, London, 1997, p.196

La poursuite du régionalisme par les Etats-Unis et la Communauté européenne, pendant leur engagement dans les négociations multilatérales du Cycle d'Uruguay, renforçait l'hypothèse selon laquelle ils essayaient ostensiblement de remettre à niveau et de renforcer le régime multilatéral existant dans le monde de la fin des années 40.

Selon certains auteurs<sup>2</sup>, le mouvement vers le régionalisme dès années 80, et notamment les raisons des partenaires, étaient entrés dans une deuxième phase de manifestation, dus en partie aux difficultés rencontrées dans les négociations de l'Uruguay Round auxquelles s'ajoutait la détérioration des relations commerciales entre les Etats-Unis et le Japon. Le régionalisme apparaissait comme une alternative au système multilatéral, voire comme un cadre international nouveau géré par de nouveaux groupes de pays.

Les traités régionaux sont des traités multilatéraux. Pendant les années 90 ont émergé « des traités régionaux véritablement multilatéraux <sup>3</sup> », relatifs aux investissements, comme l'ALENA, le MERCOSUR et la Charte de l'énergie. Il faut constater, à partir de cette date, une véritable pression de la part des pays en développement en faveur du recours aux accords multilatéraux.

Avec le phénomène régional et les diverses tentatives vers le multilatéralisme, l'évolution du droit des investissements a encore franchi un grand pas vers son internationalisation. Afin de mieux souligner ce mouvement vers l'internationalisation seront observés les instruments régionaux (I), les instruments multilatéraux dépassant le cadre régional (II) et l'échec de la tentative en faveur d'un cadre multilatéral pour l'investissement (III).

---

<sup>2</sup> BHAGWATI J. ; KRUEGER A. – « The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements », *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, Washington DC, 1995, p.19; GRILLI 1992

<sup>3</sup> WÄLDE W.T. – *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Coll. Cours et travaux, no.2, IHEI Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004, p.46

## **SECTION I - Les instruments régionaux**

Le phénomène régional se manifeste par la conclusion d'accords entre Etats partageant des intérêts communs et ayant une proximité géographique. Ensuite ces accords s'institutionnalisent par la création d'organisations dites régionales, qui rassemblent uniquement ces Etats, par opposition aux organisations internationales à vocation universelle.

« Du point de vue historique, les organisations régionales font figure de précurseur, ce qui traduit leur particulière perméabilité aux évolutions de la vie internationale<sup>4</sup>».

S'il s'inscrit dans un processus général d'érosion des frontières nationales qui déborde largement l'économie, le phénomène régional est, « comme la mondialisation, le fait de la mobilité internationale des capitaux, des biens et, à un moindre degré, des personnes. Mais il tend simultanément à créer ou conserver des frontières régionales, ce qui en fait un événement paradoxal et inattendu dans la dynamique de la globalisation<sup>5</sup> ». D'une manière générale, tous les pays membres de l'OMC, à l'exception de deux, font partie d'au moins un accord régional, et il existe au moins un accord régional sur chaque continent<sup>6</sup>. L'objet de ces accords est multiple: pour certains il est large, pour d'autres il est un peu plus étroit, parfois exclusivement orienté sur un sujet précis.

Ce serait une gageure d'étudier tous les accords régionaux d'intégration économique conclus à ce jour. Cependant, certains accords se distinguent par leur importance quantitative (le nombre de pays membres), par leur intérêt économique (les Etats qui en font parties) et par leur contenu.

---

<sup>4</sup> DUTHEIL de la ROCHERE J. – « Mondialisation et régionalisation », dans *La mondialisation du droit*, sous la direction de LOQUIN E.; KESSEDJIAN C., Ed. Litec, Dijon, 2000, p.435

<sup>5</sup> COUSSY J. – « Causes économiques et imaginaires économiques de la régionalisation », *Revue Cultures et Conflits*, no.21-22, Paris 2001, p.5

<sup>6</sup> OMC – *Regional Trade Integration under Transformation*, seminar 2002, p. 3

Les accords régionaux sont tributaires désormais d'une commission qui entérine ou non leur viabilité. Le contenu est méticuleusement examiné afin que l'accord ne lèse considérablement les acteurs économiques qui n'en feront pas partie. Il faut une compatibilité entre les accords régionaux et l'OMC. A défaut, l'accord régional ne pourra être accepté. Cette mesure de précaution est développée à l'article XXIV de l'Accord Général sur les tarifs douaniers et commerce. Dans ce sens, les unions douanières ou les zones de libre échange devraient être conçues afin de faciliter le commerce entre les parties, et non pour ériger des barrières commerciales aux autres membres de l'OMC<sup>7</sup>.

La configuration des ces accords est diverse mais elle devient de plus en plus complexe lorsque ces accords sont étendus au niveau régional ou sous-régional voire à l'échelle de plusieurs continents. La configuration la plus simple est celle de l'accord bilatéral. C'est le cas de plus de la moitié des accords régionaux. Cependant, il existe des situations plus complexes, rencontrées dans 25% des accords régionaux actuellement en vigueur. Or selon certains auteurs, les accords régionaux affecteraient le bon déroulement du système commercial multilatéral<sup>8</sup>.

Du point de vue économique, la dialectique mondialisation/régionalisation est souvent perçue comme antinomique. La mondialisation est considérée comme un mouvement essentiellement centrifuge alors que la régionalisation relèverait d'un mouvement centripète<sup>9</sup>. La déviation de commerce qu'entraîne le régionalisme se ferait au détriment de la multilatéralisation des échanges qui caractérise la première. Or, s'il est vrai que tout accord régional entraîne naturellement des mouvements de déviation du commerce, le

---

<sup>7</sup> OMC(2002) – op.cit.p.5

<sup>8</sup> BHAGWATI J. ; KRUEGER A. (1995) – op.cit.p.22

<sup>9</sup> JEDLICKI C. – « Mondialisation et régionalisation : Les processus d'intégration en Amérique du Sud », Réunion des experts intervenant dans la coopération avec l'Amérique Latine 26 septembre 2001, Direction Générale de l'INSEE

résultat est que, le plus souvent, les deux processus, mondialisation et régionalisation, progressent parallèlement étant donné la simultanéité de ces deux mouvements.

L'ouverture des économies, - qui est à l'origine de l'un et de l'autre de ces deux mouvements - certes plus importante dans le cas de la régionalisation - permet généralement l'accroissement des échanges extra et intra-régionaux, la progression de ces derniers étant évidemment plus forte. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on parle de « régionalisme ouvert », notamment dans le cas de la Région Amérique latine-Caraïbes (ALC) et Asie-Pacifique<sup>10</sup>. D'autres auteurs considèrent que les arrangements régionaux des années 1990 ont d'autres motivations au départ que ceux des années 1960, et que les objectifs d'intégration d'aujourd'hui seraient fondamentalement différents de ceux spécifiques au « vieux régionalisme<sup>11</sup> ».

Les accords sont principalement contraignants, bien que l'on observe néanmoins l'existence d'accords régionaux n'ayant pas une valeur juridique obligatoire. Mais quel que soit le cas, les accords tendent vers une plus grande libéralisation du régime des investissements étrangers et du commerce mondial qu'ils ne semblent pas obtenir avec d'autres instruments<sup>12</sup>. Les objectifs de l'action régionale ne sont pas nécessairement différents de ceux poursuivis dans les enceintes universelles : maintien de la paix, protection des droits fondamentaux des individus, développement économique et « ceci est particulièrement vrai dans le domaine économique<sup>13</sup> ».

Les accords régionaux entre pays à niveau de développement comparable s'inscrivent dans la dynamique de la réglementation des

---

<sup>10</sup> BERGSTEN F. – *Open Regionalism*, Working Paper 97-3, Institute for International Economics, Washington, 1997

<sup>11</sup> SAMPSON G. ; WOOLCOCK S. – *Regionalism, multilateralism and economic integration : The recent experience*, United Nations University Press, 2003, p. 7

<sup>12</sup> DUTHEIL de la ROCHERE J. – op.cit.p.445

<sup>13</sup> BADIE B. – *La fin des territoires*, Ed. Fayard, Paris, 1995, p.6



investissements directs étrangers. Ils sont destinés à élargir les marchés et à exploiter les synergies dans des zones de proximité géographique<sup>14</sup>. A ceux-ci se sont ajoutés des accords intégrant des pays d'inégal développement qui apparaissent dans le court terme plus favorables aux partenaires développés.

Cependant ces accords fondés sur la coopération n'excluent pas la concurrence quand il s'agit d'attirer les capitaux étrangers.

La régionalisation est née parfois de l'existence d'une infrastructure commune (Afrique australe), parfois d'une croissance antérieure des flux de produits et des capitaux (Etats-Unis-Canada), parfois d'une disparité dangereuse de développement entre voisins (Etats-Unis-Mexique), parfois encore de la volonté de rompre avec une stagnation imputée à une insuffisante compétitivité (Amérique latine). Elle a pu naître également du constat et de l'anticipation des débouchés offerts par les pays à croissance rapide (Asie du sud-est), autant que de l'existence préalable des réseaux commerciaux et financiers (relations entre la Chine et la diaspora chinoise)<sup>15</sup>.

Ces exemples de « déterminations économiques apparaissent particulièrement démonstratifs lorsqu'il y a antériorité des liaisons économiques sur les projets de relations politiques<sup>16</sup> ». De ce fait les termes de régionalisation économique sont souvent utilisés pour désigner une intensification de relations économiques qui « contourne et érode les oppositions politiques et qui crée des zones de coopération<sup>17</sup> ». Ainsi, le rapprochement, même économique ou commercial entre pays est de nature à éviter les conflits.

---

<sup>14</sup> SCHIFF M.; WINTERS A. – *Regionalism and development*, Oxford University Press, 2003, p. 15

<sup>15</sup> COUSSY J. – op.cit.p.7

<sup>16</sup> DE MELO J. ; PANAGARIA A. – *New Dimensions in Regional Integration*, Centre for Economic Policy Research, Cambridge, 1993, p.2

<sup>17</sup> ETHIER W.J. – « Regional Regionalism », in *Regionalism and Globalisation*, Lahiri Publisher, Routledge, London, 2001, p.11

Les accords régionaux d'intégration se sont multipliés pour internaliser les interdépendances stratégiques dans de multiples domaines entre plusieurs pays dont les intérêts, pensés en termes de concurrence, ne sont pas nécessairement convergents dans le court ou le moyen terme<sup>18</sup>. Parfois les instruments régionaux, tout comme les accords bilatéraux, se révèlent comme une « arme de guerre commerciale et un moyen de domination<sup>19</sup> ». En participant à des accords régionaux, les Etats acceptent des limitations, un partage voire un transfert de leurs compétences souveraines, mais en réponse, ils visent une augmentation de leur pouvoir d'influence au plan interne ou externe. Ce constat explique la disparition ou l'échec de nombre d'organismes d'intégration régionale (ex., le Pacte Andin) mais en revanche, le succès de quelques autres (ex. l'Union Européenne).

Mentionnons parmi les exemples significatifs la signature en 1999, d'un Accord régional entre l'Union Européenne et le Mexique. Il s'agit d'un accord commercial créant en 2004 une nouvelle zone de libre-échange : « Il constitue un accord symétrique, avec les mêmes obligations, de part et d'autre de l'Atlantique, le tout en compatibilité avec les règles de l'OMC, car il concerne un nombre égal de secteurs concernés<sup>20</sup> ».

Dans la même stratégie, les ministres du commerce des 34 pays du continent américain ont négocié la création d'une zone de libre-échange des Amériques (ZLEA). La fin des négociations était prévue au 1<sup>er</sup> janvier 2005, avec une mise en oeuvre en décembre 2005. Si le projet aboutit, cette zone « constituera le plus grand ensemble commercial au monde et concernera plus de 800 millions de personnes<sup>21</sup> ». Sur la scène économique internationale, « l'unification du

---

<sup>18</sup> SCHIFF M.; WINTERS A. – op.cit.p.19

<sup>19</sup> ROSIAK P. – *Les transformations du droit international économique: Les Etats et la Société civile face à la mondialisation*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2003, p.161

<sup>20</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.162

<sup>21</sup> BEER P. – « Une zone de libre-échange de l'Alaska à la Terre de Feu en 2005 », *Le Monde*, avril 2001, p.5

continent américain serait, en outre, de nature à créer un avantage aux Etats-Unis qui auraient plus de poids pour imposer leur version de la mondialisation dans les négociations multilatérales menées au sein de l'OMC<sup>22</sup>».

Le développement des accords régionaux connaît une résurgence depuis l'échec de la Conférence ministérielle organisée par l'OMC à Seattle, en décembre 1999. Au-delà du projet précité de la ZLEA, les pays du MERCOSUR sont en négociations avec l'Union Européenne. De même, le Japon, qui jusqu'à présent est le seul pays à n'avoir jamais conclu d'accords régionaux, commence à opérer un rapprochement avec plusieurs pays asiatiques. De toute évidence, « si ces accords se placent sous l'angle économique, ils s'inscrivent également dans des considérations fortement politiques dans la mesure où ils s'accompagnent d'objectifs inhérents à la sécurité nationale, à la crédibilité des réformes politiques et sont souvent la première étape vers une coopération institutionnelle<sup>23</sup>».

Par rapport au multilatéralisme, les dispositions des accords régionaux vont souvent « au-delà » des dispositions de l'OMC. « Cela ne signifie pas, toutefois, que ces dispositions sont nécessairement « meilleures » que celles qui existent à l'échelon multilatéral ou qu'elles sont nécessairement plus favorables à la libéralisation des échanges et de l'investissement<sup>24</sup> ». C'est la raison pour laquelle l'expression « allant au-delà » est préférée à l'expression « OMC plus<sup>25</sup> », qui implique davantage un jugement de valeur.

La Déclaration faite à l'issue de la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha souligne l'importance du régionalisme :

---

<sup>22</sup> BEER P. – op.cit.p.5

<sup>23</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.163

<sup>24</sup> SAUVE P. – « *Régionalisme et Multilatéralisme : enjeux du débat* », Séminaire de haut niveau sur les enjeux de la Conférence ministérielle de Cancun pour les pays francophones, Paris, 25-27 juin 2003

<sup>25</sup> SAMPSON G. ; WOOLCOCK S. – op.cit.p.18

- en reconnaissant que les accords commerciaux régionaux (ACR) peuvent jouer un rôle important pour ce qui est de promouvoir la libéralisation et l'expansion des échanges et de favoriser le développement ;
- en acceptant des négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux ;
- en convenant que, dans les travaux du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, il faudrait tenir compte, en tant que de besoin, des arrangements bilatéraux et régionaux sur l'investissement existant<sup>26</sup>.

Selon les estimations de l'OMC, la part du commerce mondial représentée par les accords commerciaux régionaux de type préférentiel devait s'élever à 55 % en 2005 « si tous les accords régionaux prévus voyaient effectivement le jour<sup>27</sup> ». Les accords régionaux comportant des règles relatives à l'investissement vont habituellement au-delà des dispositions de l'OMC dans la mesure où ils contiennent des dispositions concernant le droit d'établissement, une obligation qui n'existe dans aucun accord de l'OMC. Par ailleurs, bon nombre d'accords vont au-delà de la question de l'établissement et de la libre circulation des capitaux en s'appuyant sur le principe de traitement et de protection des traités bilatéraux en matière d'investissement.

En général les instruments régionaux ont une structure similaire, mais ils se singularisent par leurs particularités. Parmi les nombreux instruments régionaux existants, nous avons considéré l'ALENA, le MERCOSUR, l'ASEAN ainsi que la Charte sur l'Energie, comme ayant une influence significative sur l'évolution du droit des investissements. Ainsi, après une succincte description générale de ces accords (A), on examinera leurs principales dispositions (B) puis leurs spécificités (C).

---

<sup>26</sup> WTO – *DOHA Ministerial Declaration*, nov.2001, WT/MIN(01)/DEC/1

<sup>27</sup> SAUVE P. – op.cit.p.4

## A. Description générale

Sur le continent américain, deux regroupements d'Etats possèdent le dynamisme le plus important : l'ALENA au nord, et le MERCOSUR au sud.

L'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), signé le 17 décembre 1992, regroupe trois pays : les Etats-Unis, le Canada et le Mexique. Il constitue le prolongement de l'Accord de libre échange signé antérieurement entre le Canada et les Etats-Unis, en 1989. L'ALENA mentionne à l'Article 102 ses objectifs, comme suit:

- éliminer les obstacles au commerce des produits et des services et en faciliter le mouvement transfrontalier ;
- favoriser la concurrence loyale;
- augmenter substantiellement les possibilités d'investissement sur les territoires des parties ;
- assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de la propriété intellectuelle ;
- établir des procédures efficaces pour la mise en œuvre et l'application de l'ALENA ;
- créer le cadre d'une coopération trilatérale, régionale et multilatérale<sup>28</sup>.

En d'autres termes, cet accord « a pour but de libéraliser, en dix ans, tout le commerce des produits et des services en éliminant entre les parties les entraves tarifaires et non tarifaires et en libéralisant les investissements intra zone<sup>29</sup>».

L'ALENA est intéressant car, dans de nombreux domaines et plus précisément celui de l'investissement, il a fait preuve d'innovation<sup>30</sup>. Il

---

<sup>28</sup> DESCHAMPS I. - « L'accord de libre-échange nord-américain : une nouvelle voie pour l'Amérique », *Revue Internationale de droit économique*, 1993, p. 463

<sup>29</sup> GRENON J-Y- « L'accord de libre-échange nord-américain comparé à la communauté économique européenne », *Revue du marché commun et l'Union européenne*, n°367, avril 1993, p.313

<sup>30</sup> JEDLICKI C.(2001) – op.cit.3

fait référence à des nombreux sujets : le commerce des produits, le commerce des services, les investissements et d'autres domaines, tels que la propriété intellectuelle, l'environnement, les normes sociales. En outre, c'est la première fois qu'un accord d'une telle envergure réunit deux pays industrialisés et un pays dit du sud. Les dispositions y traitant de l'investissement sont véritablement innovantes et « sont, dans bien des cas, devenues une sorte de modèle de chapitre sur l'investissement pour les accords commerciaux régionaux<sup>31</sup>».

Le MERCOSUR ou marché commun de l'Amérique du Sud est né le 26 mars 1991. Il est constitué de quatre pays : l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay et le Brésil. Le Traité d'Asunción qui en est la base est « un accord cadre qui a pour objectif l'établissement des mécanismes aboutissant à l'instauration d'une zone de libre échange et d'une union douanière de la sous-région<sup>32</sup>». Pendant une période transitoire de trois ans finissant le 31 décembre 1994, les Etats ont eu l'obligation de prendre toutes dispositions nécessaires « sur le plan économique, industriel, commercial afin d'aboutir à la naissance du marché interne et de l'union douanière<sup>33</sup>».

C'est durant cette période que les pays membres du Mercosur ont adopté des protocoles régissant spécifiquement les investissements et le commerce, dont le protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproque des investissements à l'intérieur du Mercosur. Issu de la volonté des quatre pays membres de créer et de maintenir des conditions favorable aux investissements dans le Marché et de renforcer la coopération économique, le protocole contribue dans le même temps à accélérer le processus d'intégration entre ces quatre Etats<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> SAUVE P. – op.cit.p.5

<sup>32</sup> CAIMI G. (Mémoire de DEA) - *Le Mercosur : une expérience d'union douanière*, mai 1999, p.17

<sup>33</sup> JEDLICKI C.- « Intégration régionale et investissement direct étranger en Amérique latine », *Cahiers des Amériques Latines*, 1998, no.27

<sup>34</sup> MALLARD B (sous la direction de) - « Mercosur : espoirs et incertitudes, CNRS-Maison des Sciences de l'Homme, Grenoble 2001

Mercosur : <http://www.americansnet.com/mauritz/mercotur/english/page13.html>

Le protocole adopte la structure des instruments régissant les investissements directs étrangers et le commerce. Il est composé de huit rubriques qui abordent les questions essentielles concernant les investissements que l'on peut scinder en trois parties. Le champ d'application, les définitions des investisseurs et des investissements et d'admission des investissements constituent la première partie du protocole. La deuxième partie est composée des rubriques concernant les taxes et les exceptions aux règles du protocole, tandis que la troisième partie concerne l'expropriation et les règles de transfert.

L'Association des Nations du Sud-Est asiatique (l'ANASE/ASEAN)<sup>35</sup> repose un accord qui n'est pas consacré exclusivement aux investissements. Cependant il présente des dispositions concernant les investissements directs étrangers assez singulières.

L'ANASE (ASEAN) est l'un des plus anciens accords régionaux existants (1967). Il s'agit d'un accord général qui traite de multiples sujets. Comme d'autres instruments régionaux, l'ANASE a édicté par la suite d'autres instruments permettant d'améliorer l'intégration économique. C'est ainsi qu'en 1987 les membres de l'association ont conclu un accord de promotion et de protection des investissements<sup>36</sup>.

L'ANASE est composé de neuf Etats de l'Asie du sud-est : le sultanat de Brunei, l'Indonésie, la République Populaire Démocratique du Laos, la Malaisie, la Birmanie, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam. L'accord, adopté en 1987 par les pays de l'ANASE, reprend la structure de la plupart des instruments régissant les investissements étrangers.

---

<sup>35</sup> CNUCED - *International Investment Instruments : A Compendium*: "An Agreement among the governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of investments" (1987), United Nations Publications, vol.II, 1996, pp.293-299

<sup>36</sup> ASEAN AGREEMENT : Framework agreement on the Asian Investment area [<http://www.asean.or.id/economic/aen/30frm-aia.html>]

Enfin le Traité européen sur la Charte de l'énergie<sup>37</sup> (TCE) est entré en vigueur le 16 juin 1995, après avoir été ouvert à la signature dès le 17 décembre 1994<sup>38</sup>. Il s'agit d'un accord relativement important dans la mesure où il regroupe un grand nombre de pays signataires, aussi bien des pays développés que des pays en transition. Quarante pays, outre la Communauté Européenne, ont signé ce traité. Il a toutefois un champ d'application assez restreint mais consacre une série de dispositions importantes aux questions d'investissement<sup>39</sup>.

## B. Les dispositions principales

En général, il y a une forte similitude entre la structure des traités bilatéraux et la celle des instruments régionaux. Ainsi, parmi les dispositions principales on retrouve de nouveau l'accueil des investissements (1), le traitement des investissements et des investisseurs (2) et le règlement des différends (3), qui constituent le tronc généralement commun des instruments régionaux.

### 1. L'accueil des investissements

Les premières rubriques des instruments régionaux, contraignants ou non, qui concernent l'accueil des investissements, prévoient des dispositions sur la définition (1.1), le champ d'application (1.2) et l'admission des investissements (1.3).

---

<sup>37</sup> CNUCED (1996) – *International Investment Instruments : A Compendium*, « The Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty » (1994), United Nations publications, 1996, vol. II, p.546-577

<sup>38</sup> WÄELDE T.; TODD W.- « Investment arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of the new NAFTA precedents », 2001 [www.gasanoil.com:goc/speeches/ect-art-nafta2001.html](http://www.gasanoil.com:goc/speeches/ect-art-nafta2001.html)

<sup>39</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.549



## *1.1 La diversité des définitions*

Dans certains domaines, les initiatives régionales peuvent aussi, par elles-mêmes, aider à forger des approches communes. Il y a certes une multiplication de traités que d'aucun trouvent dangereuse, mais force est de constater qu'il y a cependant une forte « convergence des dispositions relatives à l'investissement vers ce qu'on pourrait appeler une norme internationale implicite<sup>40</sup>».

Cette convergence s'opère suivant deux voies. La première concerne les traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) qui, en tant que « TBI annexes », sont souvent associés à des instruments régionaux et suivent, en général, les modèles des traités bilatéraux d'investissements. La seconde voie est celles des accords régionaux qui ressemblent fortement aux dispositions de l'Accord sur le libre-échange nord-américain (ALENA) relatives à l'investissement. Ainsi, dans tous les instruments régionaux, la définition de l'investissement est très ouverte. Par exemple, le MERCOSUR et la Charte de l'énergie ont opté pour la définition la plus large de la notion d'investissement puisqu'elle s'applique à « tous types de biens ». Toutefois dans le MERCOSUR le protocole mentionne explicitement les droits et les composantes de la propriété intellectuelle<sup>41</sup>. La présence de cette clause est une preuve de la volonté des pays d'Amérique du sud de progresser dans la libéralisation des investissements<sup>42</sup>.

En ce qui concerne la Charte sur l'énergie, la définition est plus complète dans la mesure où il y est proposé une définition souple de l'investissement (article 1, alinéa 6), avec la prise en compte du caractère évolutif des pratiques liées à l'investissement. Les termes

---

<sup>40</sup> SAUVE P. – op.cit.p.5

<sup>41</sup> MERCOSUR :<http://www.americansnet.com/mauritz/mercosur/english/page13>: « Intellectual property rights or material, including copyrights and industrial property rights such as patents, industrial drawings, trademarks, commercial names, technical procedures, know-how and goodwill »

<sup>42</sup> JEDLICKI C.(2001) – op.cit.p.3

employés sont quasi identiques: « tous types de biens, appartenant ou contrôlés directement ou indirectement par un investisseur<sup>43</sup> ». L'article inclut cependant une liste qui précise les contours de l'investissement.

En même temps, on observe qu'à travers la définition, le traité se singularise de certains instruments existants, à plusieurs titres. D'abord par l'inclusion dans la définition de la notion de propriété intellectuelle, de profit et des bénéfices<sup>44</sup>. Puis le traité prend en compte l'émergence et les éventuels développements des différentes formes d'investissements. En d'autres termes « l'approche de la Charte sur l'énergie est de donner au terme « investissement » une définition large et non exclusive, reconnaissant que les formes d'investissement sont en perpétuelle évolution en fonction de la créativité des investisseurs et de la rapidité des changements au sein de la finance internationale<sup>45</sup> ».

Les dispositions de l'ALENA en matière d'investissement sont devenues, dans bien des cas, une sorte de « modèle de chapitre sur l'investissement<sup>46</sup> » pour les instruments régionaux. L'ALENA opte aussi pour une définition relativement large de l'investissement qui inclut toute forme de propriété ou de participation, qu'il s'agisse d'une entreprise commerciale, de biens corporels et incorporels ou d'une participation dans des investissements contractuels<sup>47</sup>. L'investissement y comprend aussi « les diverses formes d'investissement de portefeuille et les biens-fonds commerciaux<sup>48</sup> », certains types de contrat dont la rémunération dépend de la production, des revenus ou des profits d'une entreprise (à l'exclusion de l'argent résultant uniquement de contrats

---

<sup>43</sup> SALACUSE J. – « The Energy Charter Treaty and Bilateral Investment Treaty Regimes », in WÄELDE T.- *The Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade*, Kluwer law International, London, 1996, p. 325

<sup>44</sup> PARRA A.R. – « The scope of new investment laws and international instruments », *Transnational Corporations*, vol.4, n°3, 1995, p.44

<sup>45</sup> SALACUSE J.- op.cit.p.332

<sup>46</sup> SAUVE P. – op.cit.p.5

<sup>47</sup> VERA RYAN G. - « *Le Mexique et l'ALENA* », Thèse Paris II, 1996, p.15

<sup>48</sup> GESTRIN M.et RUGMAN A. - « Les dispositions relatives à l'investissement de l'ALENA : Prototype de règles multilatérales en matière d'investissement ? » dans l'ouvrage de l'OCDE - *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, 1996, p.79

commerciaux), de même que les participations majoritaires ou de contrôle des pays signataires de l'ALENA<sup>49</sup>.

L'investisseur comme dans tous les instruments régissant les investissements peut être une personne physique ou une personne morale résidant ou domiciliée sur le territoire de l'un des Etats de l'accord ou bien constituée conformément aux lois d'un des Etats membres à l'accord régional. Les accords s'appliquent donc à tous les investisseurs d'une autre partie. Les Etats membres de ces différents accords régionaux ont donc privilégié la notion de résidence à celle de nationalité. Cette approche est partagée par l'ALENA, le TCE, l'ASEAN, le MERCOSUR.

Les investissements réalisés par un pays tiers sur le territoire de l'ALENA seront assujettis aux règles de l'ALENA. L'article 1113 étend la totalité des avantages procurés par l'ALENA aux investisseurs de pays tiers qui procèdent à des investissements dans les pays membres de l'ALENA : « les dispositions de l'ALENA s'appliqueront à tout investissement effectué par une entreprise constituée en société dans un pays d'ALENA, même si cette entreprise n'a pas son siège en Amérique du Nord<sup>50</sup> ».

Cette restriction est partagée par la Charte sur l'énergie qui, dans son article 17, « accorde aux Etats membres la faculté de refuser d'étendre les avantages du traité à des personnes morales dès lors qu'elles n'ont aucune activité économique substantielle dans la zone<sup>51</sup> ». L'objectif à atteindre est « d'empêcher les personnes physiques ou les personnes morales qui n'ont pas de liens véritables avec les signataires du traité à obtenir des avantages grâce au traité<sup>52</sup> ».

---

<sup>49</sup> PARRA A. – « A comparison of the NAFTA investment chapter with other international investment instrument », *ICSID Revue*, vol. 10, no2, summer 1993, p.3

<sup>50</sup> DESCHAMPS I.- op cit, p.473

<sup>51</sup> WAELDE T. – op.cit.p.274

<sup>52</sup> SALACUSE J. - op. cit p.335

Il y a lieu de noter que cette limitation n'est pas présente dans l'accord de l'ASEAN et dans le MERCOSUR. Il est vrai que si l'accord ASEAN connaît des restrictions quant aux personnes physiques et morales habilitées à bénéficier des avantages qu'il prévoit, il ne précise nullement que les investisseurs devront justifier d'une activité économique majeure. Il faut cependant nuancer ce propos dans la mesure où les investisseurs sont assujettis aux règles locales des Etats membres de l'ASEAN. En particulier, la participation étrangère dans une entreprise doit être conforme aux différentes prescriptions imposant un pourcentage minimum de participation locale<sup>53</sup>.

Enfin l'ALENA se distingue en considérant que les investisseurs étrangers déjà établis dans la zone lors de son entrée en vigueur, seront traités comme des investisseurs nord-américains<sup>54</sup>. Cette disposition est relativement intéressante pour les investisseurs étrangers puisque ceux qui entrent dans cette catégorie n'ont pas à justifier d'une « activité commerciale importante » condition *sine qua non* pour bénéficier des avantages de l'accord.

## *1.2 Le champ d'application*

Le champ d'application est délimité de différentes manières dans les instruments régionaux. Certains accords, à l'instar de l'ALENA et du MERCOSUR, font découler le champ d'application de l'accord du contenu des définitions portant sur les investissements. Ainsi le champ d'application de l'ALENA sera déduit du contenu de la définition de l'investissement et des investisseurs.

D'autres traités, tels que celui de l'ASEAN et la Charte sur l'Energie (TCE) circonscrivent explicitement leur champ d'application.

---

<sup>53</sup> ASEAN AGREEMENT: Framework agreement on the Asian Investment Area [<http://www.asean.or.id/economic/aen/30frm-aia.html>]

<sup>54</sup> GRENON J-Y. - op. cit.p.313

Dans le cadre de l'ASEAN, l'accord n'affecte pas les droits et les obligations des parties membres dont les investissements ne sont pas pris en considération par l'accord. En outre, l'accord s'applique aussi aux investissements effectués avant son entrée en vigueur<sup>55</sup>.

Dans le cadre de la Charte sur l'énergie, le champ d'application implique les investissements qui seront effectués tels que les nouveaux investissements, l'acquisition de tout ou partie d'un investissement et les investissements qui existent déjà dès lors qu'ils sont associés à une quelconque activité économique en rapport avec le secteur énergétique, car le traité ne concerne que les investissements liés au secteur énergétique<sup>56</sup>.

### *1.3 L'admission des investissements*

Les instruments régionaux prévoient deux modalités d'admission pour les investissements sur le territoire du pays d'accueil : une admission libérale (1.3.1.) et une admission restrictive (1.3.2.).

#### *1.3.1 L'admission libérale*

Cette alternative d'admission des investissements est spécifique à l'ALENA, car un haut degré de libéralisation y caractérise la question de l'admission. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont effectifs dès la phase d'admission<sup>57</sup>. Il s'agit d'une obligation légale pesant sur les signataires. Le corollaire est que les

---

<sup>55</sup> ASEAN Agreement : framework agreement on the ASEAN investment area {[www.asean.or.id/economic/aem/30frm-aia-htm](http://www.asean.or.id/economic/aem/30frm-aia-htm)}. Le projet du nouvel accord sur les investissements est plus précis. L'accord exclut du champ d'application les investissements de portefeuille et les sujets connexes aux investissements qui ont déjà fait l'objet d'autres accords de l'ASEAN tel que les services. Cette distinction évite ainsi judicieusement les questions susceptibles de se poser en ce qui concerne la primauté d'une mesure sur une autre ou de la hiérarchisation des mesures relatives aux investissements.

<sup>56</sup> SALACUSE J. - op.cit.p.335

<sup>57</sup> PARRA A. (1993) - op.cit.p.5

investisseurs pourront, en cas de non-respect, user des mécanismes de règlement des différends existant dans l'accord.

Pour le MERCOSUR, les conditions d'entrée et d'établissement sont déterminées par les lois et les règlements nationaux des pays membres ou signataires. Toutefois les pays n'auront pas la possibilité de s'opposer de manière injustifiée ou discriminatoire à la réalisation des investissements. Ils n'auront pas le droit de restreindre le développement de l'investissement<sup>58</sup>. C'est une excellente garantie, une sécurité juridique, dans la mesure où cette clause réduit à néant l'arbitraire qui a existé dans le passé sur les accords régissant les investissements étrangers et le commerce. Le fait de mentionner l'absence de discrimination dans le texte du protocole signifie indirectement que les parties ne verront leur investissement repoussé qu'en vertu du respect de règles légales existantes et accessibles à tous<sup>59</sup>.

Une autre manifestation de la libéralisation de l'ALENA se situe dans le rejet de toute forme d'obligation de résultat ou de prescription de résultats (article 1106). L'admission des investissements étant généralement indirectement assujettie à l'acceptation de certaines prescriptions de résultats, l'accord innove par des restrictions à l'imposition de ce type d'obligations<sup>60</sup> (niveaux déterminés d'exportation, contenu national minimal, préférence donnée aux producteurs nationaux ou fourniture obligatoire d'un produit)<sup>61</sup>.

Néanmoins, la liberté d'entrée des investisseurs souffre de certaines dérogations. Elles ont pour but de limiter l'admission des investissements dans certains secteurs. Les parties à l'accord ont l'obligation d'édicter les listes dites négatives qui énumèrent les

---

<sup>58</sup> Mercosur : <http://www.americansnet.com/mauritz/mercosur>

<sup>59</sup> JEDLICKI C.(2001) – op.cit.7

<sup>60</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.80

<sup>61</sup> VERA RYAN - op. cit, p.15

domaines dans lesquels les investissements étrangers ne pourront être effectués. L'un de ces éléments est la sécurité nationale (chapitre 21 de l'Accord)<sup>62</sup>.

### *1.3.2 L'admission restrictive*

Il est intéressant de noter que les pays d'accueil des investissements conservent tout de même une très grande marge de manœuvre dans la régulation des investissements directs étrangers.

C'est le cas des Etats membres de l'ASEAN. En fonction de leurs objectifs nationaux ils devront d'une part encourager et créer des conditions favorables aux investissements ; d'autre part, les investissements et les investisseurs seront soumis aux lois et règlements du pays d'accueil (article III, 1)<sup>63</sup>.

Dans le cadre de la Charte sur l'énergie existe une distinction entre les modalités d'admission des investissements et le traitement de l'investissement une fois qu'il est admis<sup>64</sup>. Il pèse ainsi sur les Etats membres du traité des obligations différentes selon que l'on se situe dans la phase de pré-investissement ou de post-investissement. En réalité, les signataires du traité ne sont tenus que par une obligation de moyen quant à l'admission des investissements. Les parties au traité vont s'efforcer de ne pas faire subir aux investisseurs des traitements discriminatoires lors de l'admission des investissements (article 10,

---

<sup>62</sup> PARRA A. (1993) - op.cit.p.5

<sup>63</sup> ASEAN Agreement : framework agreement on the ASEAN investment area [www.asean.or.id/economic](http://www.asean.or.id/economic). Dans le projet d'accord, en sus des obligations générales, il est prévu une section sur la politique générale de l'accord. L'accord de promotion et de protection des investissements conclus entre les membres de l'ANASE contient des clauses qui définissent la portée politique et juridique de l'accord. L'objectif est de créer et de promouvoir un environnement favorable au développement et à l'épanouissement des investissements dans la région par le biais de la libéralisation progressive et de la transparence. La réalisation de cet objectif permettra à long terme de parvenir à une libre circulation des investissements en 2020 (article 3).

<sup>64</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.549

alinéa 5 et 6). L'article 10 n'emploie pas systématiquement un langage impératif.

En outre l'admission des investissements est assujettie aux règles nationales<sup>65</sup>. Il n'existe pas de corps de règles qui détermine par avance les modalités d'admission des investissements directs étrangers. Tout repose ainsi sur le pouvoir discrétionnaire des signataires du traité.

## **2. Le traitement des investissements**

Certains accords prévoient un traitement de l'investissement et de l'investisseur dès la phase d'admission (2.1). D'autres le réservent uniquement à la phase postérieure à l'admission (2.2). Le transfert et les modalités de l'expropriation (2.3) ont un traitement particulier dans les instruments régionaux.

### *2.1 Le traitement dans la phase d'admission des investissements*

Au sein de l'accord sur l'ALENA, dans les articles traitant de l'investissement, des services et des services financiers (articles 1102, 1202, 1405), « la pierre angulaire (...) est l'obligation relative au traitement national<sup>66</sup> ». Ces articles stipulent que chacun des signataires de l'ALENA doit accorder aux investisseurs d'une autre Partie et à leurs investissements un « traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs et à leurs investissements<sup>67</sup> ».

Les dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée concernant les investissements se retrouvent dans l'article 1103. Une des principales raisons pour lesquelles l'Accord comporte des obligations relatives à la fois au traitement national et au traitement

---

<sup>65</sup> SALACUSE J. – op.cit.p.335

<sup>66</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.78

<sup>67</sup> VERA RYAN G. – op cit. p.15



de la clause de la nation la plus favorisée est « la volonté de s'assurer que, lorsqu'un des signataires émet une réserve à l'égard des dispositions relatives au traitement national (autrement dit, lorsque ledit signataire se réserve le droit de privilégier les investisseurs nationaux par rapport aux investisseurs étrangers), les investisseurs des autres Parties aient au moins la garantie de bénéficier du meilleur traitement possible à l'intérieur du groupe des autres investisseurs étrangers<sup>68</sup> ».

Le traitement juste et équitable apparaît à l'article 1105, qui prévoit que les parties doivent appliquer des normes minimales de traitement aux investisseurs. Autrement dit, les parties doivent accorder aux investissements des investisseurs visés par l'accord un traitement conforme au droit international.

En réalité cet accord a pour objectif de faire bénéficier les investissements et les investisseurs du traitement considéré comme le plus avantageux quel que soit la situation<sup>69</sup>.

Différentes raisons sont invoquées pour justifier la présence des clauses relatives au traitement national et au traitement de la clause de la nation la plus favorisée. Pour certains auteurs « les pays devront recevoir un traitement à tout le moins égal à celui reçu dans chaque pays par une compagnie nationale ou chaque pays devra recevoir un traitement à tout le moins égal à celui reçu par un tiers<sup>70</sup> ». Pour d'autres auteurs, l'accord comporterait des obligations relatives à la fois au traitement de la clause NPF et au traitement national afin de constituer une garantie du meilleur traitement possible parmi ceux accordés aux investisseurs étrangers<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.79

<sup>69</sup> SAUVE P. – op.cit.p.6

<sup>70</sup> DESCHAMPS I. – op.cit.p.474

<sup>71</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.80

La présence de ces clauses manifeste d'une part l'abandon par le Mexique de la doctrine de Calvo « qui obligeait les étrangers à régler leurs différends financiers devant une Cour de justice mexicaine<sup>72</sup> » et, d'autre part, la volonté d'adopter un ensemble minimal de règles communes<sup>73</sup>.

## 2.2 *Le traitement accordé après l'admission*

Une fois l'investissement admis sur le territoire il est question des différents traitements.

L'utilisation combinée du traitement national et du traitement de la clause NPF caractérise le MERCOSUR. Le protocole garantit, en effet, aux investisseurs un traitement non moins favorable, qui a pour particularité d'être un traitement national ou un traitement NPF. Il est fondé de plus sur le traitement donné aux nationaux et aux pays tiers, outre que le traitement national est un standard minimum<sup>74</sup>.

L'ASEAN se singularise également dans le domaine du traitement des investissements en traduisant assez bien l'importance du rôle des Etats membres. Il est prévu que les parties contractantes devront assurer une protection pleine et entière des investissements. Toutefois, il est précisé que cela se fera en conformité avec les règles du pays d'accueil<sup>75</sup>. Cet accord opte pour le traitement juste et équitable et pour le traitement non moins favorable qui induit le traitement de la nation la plus favorisée. L'une des particularités de l'accord est qu'il n'accorde

---

<sup>72</sup> HUFBAUER G. et SCOTT J. – « Les Etats-Unis n'ont rien à craindre », *Courrier de la planète*, no.28, mai-juin 1995, p.19

<sup>73</sup> GESTRIN M., RUGMAN A. – « ALENA : libéralisation des investissements », *Courrier de la planète*, no.28, mai-juin 1995, p.15-18

<sup>74</sup> MERCOSUR : [www.americasnet.com/mauritz/mercosur/english/page13.html](http://www.americasnet.com/mauritz/mercosur/english/page13.html) : « it was established in this protocol that investments under MERCOSUR by investors resident or domiciled in the territory of any member state will be entitled to treatment no less favourable than that accorded by the other member state to national investors or non member states. »

<sup>75</sup> BOISSEAU DU ROCHER S. – *L'ASEAN et la construction régionale en Asie du Sud-Est*, L' Harmattan, Paris, 1998, p.27

pas de manière systématique le traitement national, ce dernier devant faire l'objet d'une négociation<sup>76</sup>.

L'accord, à l'article 7, pose d'abord comme préalable l'ouverture du secteur industriel aux investissements, puis il définit les conditions suivant lesquelles le traitement national devra s'appliquer. Le principe connaît cependant certaines exceptions dans la mesure où les Etats membres ont la possibilité d'édicter des listes temporaires d'exclusion ou des listes sur des secteurs sensibles qui sont évolutives dans le temps.

Le traitement de la clause NPF est accordé aux signataires de l'accord. Cependant, il ne s'agira pas d'une extension systématique de cette pratique. A l'article 8, l'accord spécifie qu'il ne remet pas en cause les précédents accords sous-régionaux ou les traités entre pays voisins qui ont été signés ou qui le seront. Les accords existants ou ceux ayant fait l'objet d'une notification ne pourront voir leurs avantages étendus aux autres membres de l'ASEAN<sup>77</sup>. L'une des particularités de l'accord réside dans le fait que l'application du TNP est soumise à la réciprocité (article 8). Dès lors, la partie qui n'aura pas respecté ses obligations, ne pourra pas bénéficier des concessions faites par les autres parties, sauf si la partie en question le permet<sup>78</sup>.

L'approche de la Charte sur l'énergie en matière de traitement des investissements est particulière. Les règles qui y sont énumérées régissent l'investissement une fois que celui-ci a été admis. L'essentiel des règles gouvernant le régime du traitement est compris dans la partie III du traité et concerne la promotion ainsi que la protection des investissements<sup>79</sup>.

L'Article 10, combinaison d'un langage impératif et d'un langage souple, définit de façon singulière le traitement juste et équitable, le

---

<sup>76</sup> ASEAN Agreement : framework agreement on the ASEAN investment area : [www.asean.or.id/economic](http://www.asean.or.id/economic)

<sup>77</sup> ASEAN Regional Forum, Jakarta, July 2004

<sup>78</sup> ASEAN Agreement - op.cit.p.11

<sup>79</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.551

traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, la protection et la sécurité, la protection contre les mesures discriminatoires ou arbitraires, l'inviolabilité des contrats.

En substance, les Etats membres ont pris l'engagement d'accorder à tout moment un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs d'une partie contractante : « Il s'agit d'une obligation directe<sup>80</sup> ». Pour le reste, le traité reprend les formules présentes dans les instruments régissant les investissements directs étrangers. Mais il faut préciser tout de même que la Charte insiste sur le caractère non discriminatoire ou arbitraire des mesures affectant les investissements directs étrangers<sup>81</sup>. En outre, à l'Article 10 (1), elle fait explicitement référence au droit international comme seuil de traitement minimal.

Ensuite, elle prévoit clairement que les signataires devront respecter *a fortiori* les contrats conclus et les obligations qui en découlent. Le traitement national et le traitement de la clause NPF sont accordés de droit aux investissements des investisseurs des pays signataires (Article 10 (1, 7, 8))<sup>82</sup>. La Charte émet aussi quelques réserves. Elle incite ainsi les parties à limiter au maximum les exceptions faites aux différents traitements et à éliminer progressivement les restrictions existantes qui affectent les investisseurs.

### 2.3 Le transfert et l'expropriation

Les accords régionaux prévoient une rubrique sur le transfert des investissements et sur l'expropriation. Le principe est celui du libre transfert des fonds. « Le pays d'accueil des investissements devra permettre le transfert de fonds sans aucune entrave<sup>83</sup> » : tel est le cas de l'ALENA et du MERCOSUR.

---

<sup>80</sup> SALACUSE J. – op.cit. p.339

<sup>81</sup> SALACUSE J. – op.cit.p.362

<sup>82</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.557

<sup>83</sup> PARA A.(1993) - op. cit. p.11

Dans le cadre de l'ALENA, les fonds susceptibles d'être transférés sont divers. Il s'agit « de toutes sommes provenant de l'investissement comprenant les bénéfices, les dividendes, les intérêts, les gains en capital, les redevances, les frais de gestion, les frais d'assistance technique d'une entreprise ; du produit de vente ou de liquidation partielle ou totale de l'investissement ; des paiements effectués en vertu de tout contrat conclu par l'investisseur ; des paiements effectués en vertu d'une indemnité d'expropriation ; et des paiements devant être faits en vertu d'un règlement dans le cadre des procédures de règlement des différends<sup>84</sup>».

Les investisseurs ainsi visés par l'accord « pourront convertir la monnaie locale en devises étrangères au taux de change du marché, pour les recettes, le produit d'une vente, le remboursement d'un prêt, ou de tout autre transaction associée à un investissement<sup>85</sup>».

Il y a lieu d'observer que contrairement à d'autres instruments régissant les investissements directs étrangers, l'accord ne prévoit pas de dérogations au libre transfert des fonds ou des devises<sup>86</sup>. Cela constitue une importante innovation dans la mesure où un pays signataire ne pourra pas invoquer de problème de balance des paiements pour imposer des entraves au libre transfert des fonds. Cependant ce principe connaît tout de même un tempérament.

Dans le cadre de l'ASEAN le transfert des fonds est soumis aux lois du pays d'accueil<sup>87</sup>. La subtilité de cette clause est de laisser aux pays hôtes toute la latitude d'imposer des exceptions généralement inspirées de la macroéconomie, telles que l'équilibre de la balance des paiements. La circulation des capitaux est assurée en respectant le traitement de la nation la plus favorisée, ce qui limite d'hypothétiques différences de traitement entre les investisseurs étrangers. La Charte

---

<sup>84</sup> DESCHAMPS I. – op.cit. p.474

<sup>85</sup> VERA RYAN G. – op.cit.p.15

<sup>86</sup> PARA A (1993) - op.cit.p.5

<sup>87</sup> BOISSEAU DU ROCHER S. – op.cit.p.31

sur l'énergie a adopté cette structure et un contenu identiques en son Article 14 (6)<sup>88</sup>.

En ce qui concerne l'expropriation, les accords régionaux dont l'ALENA, l'ASEAN, le MERCOSUR, la Charte sur l'énergie, reprennent le standard international en ce qui concerne les dépossessions des investisseurs étrangers. En principe on ne pourrait pas exproprier un investisseur étranger à moins de remplir quelques conditions, tel que l'intérêt public, l'absence de discrimination et surtout le respect de la procédure légale du pays qui procède à l'expropriation. Il s'agit d'un cadre précis et strict. Les conditions en sont largement inspirées de la formule du Sénateur HULL et donc du modèle de traité bilatéral des Etats-Unis<sup>89</sup>.

Ainsi dans l'ALENA « aucun pays (...) ne peut exproprier directement ou indirectement les investissements d'investisseurs de l'ALENA sauf pour des raisons d'intérêt public, sur une base non discriminatoire, et en conformité avec l'application régulière de la loi ». L'expropriation a toutefois une contrepartie: « les investisseurs doivent recevoir promptement une indemnisation financière égale à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié ainsi que tous les intérêts applicables<sup>90</sup> ».

L'ALENA se rapproche des traités bilatéraux conclus par les Etats-Unis en ce qui concerne les dépossessions. En effet, le texte prévoit les expropriations indirectes ce qui signifie que l'accord s'appliquera également aux expropriations progressives<sup>91</sup>. Il peut s'agir par exemple de rumeurs concernant une éventuelle expropriation qui affecteraient la valeur réelle ou marchande de l'entreprise.

Mais tous les accords ne prévoient pas tous les cas d'expropriation. Il y a lieu d'observer que le protocole MERCOSUR

---

<sup>88</sup> SALACUSE J. – op.cit.p.363

<sup>89</sup> KHALIL M. – « Treatment of foreign investment in bilateral investment treaties », *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, 1992, vol.8, p.389

<sup>90</sup> VERA RYAN G. – op.cit. p.15

<sup>91</sup> PARA A.(1995) - op. cit. p.42

semble ne pas prendre en compte le cas des expropriations progressives, que l'on peut qualifier de « rampantes ». En effet « la base de calculs du montant de la compensation ou de l'indemnité ne sera retenue qu'à partir du moment où les autorités locales auront pris publiquement la décision d'exproprier<sup>92</sup>. Ainsi les investisseurs ne seront-ils pas garantis contre l'impact des rumeurs qui peuvent influencer considérablement la valeur de l'investissement. Il est difficile de distinguer s'il y a eu un oubli sur ce point particulier ou s'il s'agit d'une position délibérée sur la question du calcul du montant de la compensation. Enfin l'ASEAN permet aux parties expropriées de se pourvoir en justice afin de porter l'affaire au contentieux et d'y obtenir éventuellement gain de cause en vue notamment d'une meilleure compensation (article VI)<sup>93</sup>.

### 3. Le règlement des différends

Le règlement des différends dans les accords régionaux présente généralement un schéma identique. Ils distinguent le conflit pouvant survenir entre les parties contractantes et le conflit survenant entre un Etat membre et un investisseur étranger.

Toutefois, les modalités d'exécution sont quelque peu différentes entre les accords régionaux. Ainsi, dans le cas de l'ASEAN, lors des différends entre Etats, les parties doivent soumettre leur litige à l'*Asean economy minister* (AEM), instance qui réunit les ministres de l'économie et de finance de l'ASEAN. Dans le cas où surviendrait un différend entre un investisseur étranger et un Etat membre, les parties au litige auront la latitude de soumettre leur litige à des instances arbitrales

---

<sup>92</sup> MERCOSUR : [www.americasnet.com/mauritz/mercosur/english/page13.html](http://www.americasnet.com/mauritz/mercosur/english/page13.html)  
« Compensation for the investment holder that is expropriated or nationalised should be both adequate and effective , and made in advance based on the real investment value determined at the time the decision is publicly announced by the proper authorities.»

<sup>93</sup> READING M. – « The bilateral investment treaties in ASEAN: a comparative analysis», *Duke Law Journal*, 1992, vol.42, p.689

indépendantes, telles que le CIRDI et le CNUDCI<sup>94</sup>. Il faut y voir une illustration de la confiance qu'accordent les pays asiatiques aux mécanismes internationaux d'arbitrage.

Dans le cadre de la Charte sur l'énergie, les articles 26 et 27 prévoient en substance que les parties au différend devront au préalable passer par la voie de la négociation et, seulement en cas d'échec, elles pourront saisir les cours arbitrales *ad hoc* (litiges entre deux parties contractantes), du CIRDI ou de la CNUDCI (litige entre investisseur et Etat membre).

Le cas de l'ALENA est assez particulier. Il se distingue des autres accords dans la mesure où il comprend un mécanisme spécifique de règlement des différends relatifs à l'investissement. Ce mécanisme a été conçu pour tout différend pouvant survenir entre une partie signataire de l'accord et un investisseur d'une autre partie (Chapitre XI, section B)<sup>95</sup>. L'investisseur lésé a le choix entre deux possibilités. Il peut opter soit pour le recours à la procédure d'arbitrage qui est fortement imprégnée de droit international, soit pour le recours au tribunal approprié du pays d'accueil de l'investissement<sup>96</sup>. L'investisseur jouit par conséquent d'un choix entre voie interne de recours et système international de règlement des différends.

La première possibilité permet à un investisseur d'agir en son propre nom, où au nom d'une entreprise. Ainsi, dans un délai de trois ans il peut déposer une plainte et soumettre cette plainte à l'arbitrage, soit en vertu de la Convention CIRDI, soit en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI<sup>97</sup>.

Cette alternative est une manifestation du rejet des voies internes de recours mises en place au sein de l'ordre juridique d'un Etat; il

---

<sup>94</sup> ASEAN Agreement : [www.asean.or.id/economic](http://www.asean.or.id/economic)

<sup>95</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.81

<sup>96</sup> GRENON J-Y. – op.cit.p.313

<sup>97</sup> DESCHAMPS I. – op.cit.p.478



appartiendra alors aux parties au litige de se prononcer sur le lieu de résolution du conflit.

L'accord fait preuve d'innovation en prévoyant « une clause de jonction pour la procédure d'arbitrage entre Etats et investisseur, dans le cas de plaintes multiples portant sur les mêmes points de droit ou de fait<sup>98</sup> ». En effet, un Etat peut se trouver confronté à des plaintes déposées par des investisseurs différents mais qui ont des revendications similaires. Afin d'éviter une perte de temps et surtout d'argent dues à des revendications séparées, le système permet éventuellement de réunir ces plaintes et de procéder à un seul arbitrage<sup>99</sup>.

La procédure d'arbitrage est d'autant plus efficace lorsque les sentences sont exécutoires de plein droit. « Les décisions, y compris les sentences non punitives, rendues par les groupes d'arbitres établis en vue de régler les différends dans le cadre de ce mécanisme, sont contraignantes<sup>100</sup> ». Les conflits devraient donc se résoudre par une condamnation à des réparations pécuniaires ou par une restitution des biens<sup>101</sup>.

Enfin l'accord sur le MERCOSUR ne contient pas de rubrique sur le règlement des différends survenant entre les investisseurs du Marché. On peut donc légitimement penser qu'en cas de conflit, il convient de se référer aux dispositions du protocole de Brasilia sur le règlement des différends. Ce protocole distingue deux procédures : celle dont sont exclusivement parties les Etats membres et celle introduite à la demande des particuliers. Il existe plusieurs instances possibles suivant les procédures : négociation, tribunal *ad hoc* ou arbitrage<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Rapport annuel de l'OMC, 1996, p.77

<sup>99</sup> PARRA A.(1993) – op.cit.p.6

<sup>100</sup> GESTRIN M.; RUGMAN A. – op.cit.p.80

<sup>101</sup> DESCHAMPS I. – op.cit.p.479

<sup>102</sup> CAIMI G.- op.cit.p.31-34

## C. Les spécificités des instruments régionaux

Les accords régionaux ont une structure à peu près identique. Ils constituent une manifestation notable de la libéralisation des investissements directs étrangers. Les instruments régionaux étudiés règlent les questions relatives aux investissements directs étrangers et au commerce. Cependant, contrairement aux instruments nationaux et bilatéraux, ils abordent également d'autres questions. Ils se singularisent par l'effet des clauses relatives aux dérogations ou exceptions (1), mais aussi par le développement de clauses diverses (2). On relèvera en outre la spécificité du droit communautaire (3) ainsi que celle des instruments régionaux non contraignants (4).

### 1. Les dérogations et les exceptions

La présence des clauses d'exemptions, qui représentent autant d'exceptions, est une d'illustration de la relativité de la libéralisation des investissements.

Dans le cadre de l'ALENA, « chacun des signataires de l'Accord a choisi d'exempter de nombreux secteurs et pratiques de l'application des principes de base, comme le traitement national, le régime NPF et les obligations de résultat<sup>103</sup>». Les raisons invoquées pour justifier cette attitude sont la sécurité nationale (l'achat ou la fabrication d'armement militaire) et l'intérêt national. C'est ainsi que le Mexique préserve l'industrie énergétique et le secteur ferroviaire, le Canada l'industrie culturelle et les Etats-Unis l'industrie maritime<sup>104</sup>. D'un autre côté, de manière générale, « les dispositions relatives aux investissements ne s'appliquent pas aux marchés publics et aux subventions<sup>105</sup>».

---

<sup>103</sup> BOISSEAU DU ROCHER S. – op.cit.p.37

<sup>104</sup> GESTRIN M.; RUGMAN A. – op.cit.p.82

<sup>105</sup> VERA RYAN G. – op.cit.p.16

L'ALENA recourt à des *listes négatives*. Ces listes consistent en un groupe d'annexes dans lesquelles les signataires doivent préciser chaque mesure existante qui est contraire aux principales dispositions de l'Accord en matière de libéralisation, et indiquer expressément les dispositions de l'Accord auxquelles la mesure n'est pas conforme ; il peuvent aussi y présenter un calendrier de suppression progressive de la dérogation<sup>106</sup>.

Cette démarche caractérise également le MERCOSUR. Ses pays membres ont la possibilité d'établir des listes qui énumèrent les exceptions formées contre l'application du traitement national et du traitement de la clause NPF. De fait, plusieurs secteurs sont concernés. C'est ainsi que l'Argentine protège le secteur de la propriété foncière, le domaine aérien, l'industrie navale, le matériel nucléaire, les mines d'uranium, les assurances et la pêche. Le Brésil protège entre autres le secteur minier, celui des télécommunications, des soins de santé, la sécurité sociale, la propriété foncière ainsi que le secteur financier. Le Paraguay préserve le secteur des transports, le secteur minier (hydrocarbures et minerais), les télécommunications. Quant à l'Uruguay ce sont les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et celui des hydrocarbures qui figurent dans la liste.

Le premier constat à faire est de se rendre compte que les pays membres du MERCOSUR ont un nombre non négligeable de secteurs dits sensibles qui ne font pas l'objet d'une libéralisation. L'application du traitement national et du traitement de la clause NPF s'en trouve indirectement amoindrie. Il en est de même pour les taxes. Le traitement NPF connaît lui aussi quelques dérogations. Il ne s'appliquera pas aux domaines des taxes ou prélèvements des lors que les règles résulteront d'autres accords internationaux<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.82

<sup>107</sup> JEDLICKI C. (1998) – op.cit.p.21

## 2. Les clauses diverses

L'ALENA prévoit qu'aucun pays ne devra baisser ses normes environnementales pour attirer un investissement<sup>108</sup>. Cette clause constitue une précaution contre la tentation que pourrait avoir les Etats signataires de l'accord de sacrifier un intérêt public essentiel à leur volonté d'attirer des investisseurs.

La Charte sur l'énergie contient le nombre le plus important de clauses diverses accompagnant les investissements. Entre autres, il faut mentionner que le traité n'assure pas la liberté de circulation des personnes en ce qui concerne l'investissement, contrairement à certains accords existants. « L'article 11 du traité intitulé *le personnel clé* traite des deux questions connexes : le droit d'un investisseur ou de ses employés d'entrer dans le pays d'accueil, ou le droit d'un investisseur d'embaucher des personnes en rapport avec les investissements<sup>109</sup>».

Il ne pèse sur le pays d'accueil des investissements aucune obligation d'accorder le droit d'entrée sur son territoire. L'Etat membre devra seulement faire preuve de bonne foi dans l'examen de la demande qui lui sera soumise par l'investisseur. Toutefois l'investisseur n'est assujetti à aucune obligation lui imposant d'embaucher, une fois l'investissement admis, des personnes de la nationalité du pays d'accueil des investissements. L'article 11 (2) annule les effets des législations imposant ces prescriptions aux investisseurs étrangers. En d'autres termes « le personnel qui n'est pas déjà au service de l'investisseur, mais qui sur place seraient déjà muni d'un titre d'entrée, de séjour et de travail nécessaire, pourrait être recruté par cet investisseur, indépendamment de sa nationalité – bien que cette nationalité soit ou ne soit pas celle de l'une des Parties<sup>110</sup>».

---

<sup>108</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.82

<sup>109</sup> SALACUSE J. – op.cit.p.343

<sup>110</sup> JUILLARD P. – « Chronique de droit international économique : à la négociation d'instruments multilatéraux - La Charte sur l'énergie », *AFDI*, 1994, p.740

Le Traité sur l'énergie prévoit aussi une clause sur *les mesures liées aux investissements et au commerce*. Il interdit à tout Etat membre de prendre des mesures restrictives en ces deux domaines. Précisons toutefois que cet article ne produit aucun effet direct sur les législations nationales dans la mesure où, en cas de litige, les articles d'une partie tiers et le mécanisme de règlement prévu à l'article 26, ne s'appliqueront pas<sup>111</sup>.

Enfin le Traité sur l'énergie se distingue par une clause sur la *régionalisation*. Il prévoit des réserves sur la question des clauses d'intégration économique. Ainsi, les signataires de la Charte peuvent être membres d'un accord d'intégration économique régionale et peuvent manifester leur opposition à son extension à des parties tierces. L'article 25 stipule en substance que les dispositions du traité ne doivent en aucun cas être interprétées comme obligeant les parties à la Charte qui sont membres d'un accord régional économique d'étendre, par le biais du traitement NPF, le bénéfice de l'accord à un autre signataire du traité qui n'en ait pas partie<sup>112</sup>.

L'accord ALENA est particulier à plus d'un titre. Il octroie le traitement de la clause NPF avant et après la phase d'admission, mais prohibe, par le biais d'une liste importante, les prescriptions de résultat. Il comprend des mesures environnementales et enfin dispose d'une clause de jonction des différends. L'ALENA est considéré à juste titre comme « l'accord le plus synthétique<sup>113</sup> », car il contient des dispositions relatives au commerce, aux investissements directs étrangers, aux services, au droit de propriété intellectuelle et à la concurrence.

Le Protocole du MERCOSUR relatif aux investissements directs étrangers se distingue aussi par son principe de libre admission des

---

<sup>111</sup> WÄELDE T. – op.cit.p.313

<sup>112</sup> KARL J. – « Multilateral Investments Agreements and Regional Economic Integration », *Transnational Corporations*, august 1996, vol.5,no.2, p.30

<sup>113</sup> GESTRIN M. ; RUGMAN A. – op.cit.p.82

investissements et surtout par le fait que cette liberté se poursuit après l'admission des investissements. Il y a lieu de rappeler pourtant l'existence des listes énumérant les secteurs exceptés<sup>114</sup>.

La Charte sur l'énergie présente également des particularités intéressantes. Elle se distingue de l'ALENA par l'application du traitement NPF après l'admission des investissements. Elle dispose d'un système du règlement des différends adapté à la réalité économique, en ce qu'il prévoit un mode de règlement des différends différencié<sup>115</sup> selon que le litige met en présence des Etats, ou bien des investisseurs privés et des Etats.

En substance, il convient de retenir de l'accord ASEAN qu'il reprend la plupart des dispositions des instruments existants consacrés exclusivement aux investissements directs étrangers. L'application du traitement national lors de l'admission entre les parties devra faire l'objet de négociations<sup>116</sup>.

### **3. Le droit communautaire**

En la matière, le droit communautaire est singulier à plus d'un titre. Il est fondé sur des textes qui n'ont pas une structure identique à celle des accords régionaux.

Le traité instituant la Communauté européenne, modifié par le traité d'Amsterdam, comprend le titre III qui régit la libre circulation des personnes, des services et des capitaux<sup>117</sup>. Ce titre est constitué de quatre chapitres dont le premier est intitulé « les travailleurs », le second « le droit d'établissement », le troisième « les services » et le quatrième « les capitaux et les paiements ».

---

<sup>114</sup> JEDLICKI C. (1998) – op.cit.p.25

<sup>115</sup> SALACUSE J. – op.cit.p.345

<sup>116</sup> BOISSEAU DU ROCHER S. – op.cit.p.39

<sup>117</sup> La documentation française – *Les traités de Rome, Maastricht et Amsterdam*, 1998, p.75-87

L'approche adoptée englobe les activités essentielles relatives au commerce, à la finance, et aux investissements.

L'article 39 (1) pose le principe de la libre circulation des travailleurs. Cette liberté est assurée à l'intérieur de la Communauté. Elle sous-entend l'absence de toutes formes de discrimination entre les ressortissants des Etats membres. Il s'agit de l'emploi, de la rémunération et des autres conditions de travail<sup>118</sup>.

Il n'y existe aucune obligation d'embaucher le personnel parmi les ressortissants de l'Etat dans lequel une entreprise ou un Etat décide d'investir, contrairement à certains codes d'investissement ou accords bilatéraux. Ce principe connaît toute de même des atténuations. Le troisième alinéa du même article dispose ainsi que des limitations peuvent être faites lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

L'article 43 pose le principe de l'interdiction de toute restriction à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre tout en définissant le domaine de l'interdiction. Cette liberté ne s'applique qu'aux ressortissants, c'est-à-dire qu'il faut avoir la nationalité d'un des Etats membres, le concept de résidence n'étant pas pris en considération.

Le principe d'interdiction s'étend aux restrictions concernant la création d'agences, de succursales ou de filiales comme « l'accès aux activités non salariées et leur exercice » ainsi que « la constitution et la gestion d'entreprise<sup>119</sup> ». L'interdiction de toutes restrictions concerne aussi bien les personnes que les biens. Les ressortissants des Etats membres disposent ainsi d'un régime très favorable. Certaines activités sont toutefois exclues du champ de l'interdiction. Il s'agit des « activités

---

<sup>118</sup> Article 39(2)

<sup>119</sup> Article 43 (2)

participant [...] même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique<sup>120</sup>».

Le deuxième chapitre précise que les sociétés sont assimilées dans certaines conditions à des personnes physiques ressortissantes des Etats membres. En outre, l'article 48 définit le terme société mais « ne confère pas la possibilité pour une entreprise ayant le siège statutaire dans un Etat membre de l'UE de transférer son siège en direction d'un autre Etat membre. [...] Les possibilités de transfert ne sont reconnues qu'au Groupement Européen d'Intérêt Economique (GEIE) et à la « société européenne »<sup>121</sup>».

L'article 49 pose le principe de la libre prestation des services en énonçant deux conditions : être un ressortissant de la Communauté et être établi dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. L'article 50 définit les services assujettis à cette réglementation. Il se fonde sur une distinction entre les services soumis aux dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes et les services soumis au chapitre 3 (les services de caractère industriel, de caractère commercial, des activités artisanales, des activités des professions libérales).

Or la détermination de l'application des règles concernant les services n'est pas si nette qu'il paraît. Certains auteurs estiment que les règles ne devraient s'appliquer que si et seulement si « la personne ou la société concernée reste dans le pays d'accueil temporairement ; dans le cas contraire, les règles sur le droit d'établissement devraient s'appliquer<sup>122</sup> ».

---

<sup>120</sup> La documentation française - op.cit.p.78, Article 45

<sup>121</sup> VADCAR C. - « Un cadre communautaire pour l'investissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, no. 441, mai 2001, p.335

<sup>122</sup> KARL J. - op.cit.p.33



Le traité sur l'Union Européenne, en vigueur de puis novembre 1993, « a instauré un nouveau régime de circulation des capitaux à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1994, date du début de la deuxième étape vers la réalisation de l'UEM<sup>123</sup> ». Les articles 67 et 73 ont été remplacés par les articles 73B et 73G. Les nouveaux articles définissent une libéralisation complète des capitaux et des paiements. Il se pose le double principe d'interdiction des restrictions. L'article 73B interdit toute restriction aux mouvements des capitaux et des paiements.

Cette interdiction concerne aussi bien les rapports entre les Etats membres de la Communauté que les rapports entre un Etat membre et un pays tiers. Autrement dit « il s'agit d'une interprétation implicite mais pas particulièrement efficace de la notion de libre circulation, impliquant l'élimination de tous les obstacles, directs ou indirects, à moins que ceux-ci soient couverts par d'autres dispositions du traité<sup>124</sup> ». Le propos est illustré par le fait que le droit de réguler l'établissement des investissements directs étrangers a été volontairement abandonné à l'intérieur de la CEE<sup>125</sup>.

Il est intéressant d'effectuer une parallèle avec les dispositions précédentes pour comprendre l'avancée notable de l'article 73B. La notion de résidence était utilisée pour déterminer le champ d'application de la libéralisation ; cet élément n'étant pas mentionné dans le nouvel article, certains auteurs ont estimé que « la libre circulation doit s'entendre comme absolue, allant au-delà du concept de traitement national applicable tant aux nationaux qu'aux résidents, indépendamment de la localisation des actifs<sup>126</sup> ». En ce sens, le principe de non-discrimination, bien que n'étant pas rappelé, conserve toute son effectivité.

---

<sup>123</sup> KOLLIAS S. – « La libre circulation des capitaux et l'introduction de l'Euro », *Revue du Marché Unique Européen*, no.4, 1998, p.52

<sup>124</sup> KOLLIAS S. – op.cit. p. 53

<sup>125</sup> SHIHATA I. – *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff Publisher, New York, 1993, p.279

<sup>126</sup> KOLLIAS S. – op.cit.p.53

Le principe étant énoncé, il faut déterminer ensuite la nature et le contenu des restrictions. A priori « ne sont frappées d'interdiction que les seules mesures nationales qui restreignent le libre mouvement des capitaux et des paiements<sup>127</sup>». Les dérogations au principe sont énumérées aux articles 73 C et D, et les conditions ainsi que les domaines des dérogations sont diversement présentés. L'article 73 C ne concerne que les mouvements des capitaux à destination et en provenance de pays tiers. Toutefois, il ne s'agit pas de tous les mouvements de capitaux, mais seulement quatre catégories d'opérations sont envisagées: les opérations d'investissements, d'établissement, de prestation des services dans le domaine financier et l'admission des titres sur le marché des capitaux. En outre, il est donné la possibilité aux Etats membres de la Communauté de « continuer à appliquer, postérieurement à la date du 31 décembre 1993, les restrictions existantes en ces domaines<sup>128</sup>». Cela signifie qu'il n'appartient pas à un pays de la Communauté de prendre des mesures qui auraient pour but de restreindre le principe de libre mouvement des capitaux après cette date.

Il y a lieu d'observer que l'article 73 C, dans son 2<sup>e</sup> paragraphe, définit la démarche et par-là même les conditions à suivre dérogeant au principe. Ainsi, « le Conseil, à la majorité qualifiée, peut adopter sur proposition de la Commission des mesures restrictives postérieures au 31 décembre 1993. En somme il s'agira de mesures nouvelles<sup>129</sup>».

L'article 73 D traite des questions fiscales, de droit d'établissement et de non-discrimination. Les Etats membres conservent le droit d'appliquer leurs lois dans le domaine fiscal dès lors que les mesures distinguent entre certains contribuables et qu'elles ont pour but de faire échec aux infractions à leurs lois et règlements<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> JUILLARD P. – « L'évolution du droit français des relations financières avec l'étranger », *D.P.C.I.*, tome 22, no.4, p.518-519

<sup>128</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.521

<sup>129</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.521

<sup>130</sup> Paragraphe 1(1) et 1(2)

Toutefois les Etats membres ne doivent pas perdre de vue les considérations d'ordre public et de sécurité publique d'une part, et les considérations de non-discrimination, d'autre part. En outre cet article a une portée plus large car il concerne aussi bien les mouvements de capitaux entre les Etats membres, qu'entre Etats membres et pays tiers.

On remarque également que le chapitre IV du titre III prévoit un régime extérieur. Comme nous l'avons vu la libéralisation des capitaux et des paiements vis-à-vis des pays tiers est une obligation. Il existe cependant certaines exceptions de nature sectorielle et « les article 73 F et 73 G contiennent des dispositions particulières comportant la possibilité des restrictions aux mouvements des capitaux vis-à-vis des pays tiers<sup>131</sup> ». Il n'appartient pas à un Etat membre de la Communauté de prendre des mesures restrictives. Cette compétence est dévolue au Conseil statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission et après la consultation de la BCE. Il s'agit en ce domaine de prendre des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois<sup>132</sup>.

Il est également prévu par l'article 73 G la possibilité d'infliger des sanctions financières à un pays tiers. Mais contrairement à l'article précité il existe un cas où un Etat membre peut agir. Il s'agit bien évidemment de l'hypothèse de motifs politiques graves et de raisons d'urgence justifiant parfaitement que soient prises des mesures unilatérales à l'encontre d'un pays tiers sur des mouvements de capitaux et des paiements<sup>133</sup>.

Néanmoins cette possibilité souffre de certaines limites car le Conseil, sous certaines conditions, peut y mettre un terme<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> KOLLIAS S. - op.cit.p.55

<sup>132</sup> Article 73 F

<sup>133</sup> Article 73 G (2)

<sup>134</sup> Article 73 G (2(2))

Il s'agit d'un accord précurseur dans bien des domaines, ainsi qu'il a été vu. Il gouverne les mouvements de capitaux de l'Europe. Cependant « les textes relatifs à l'implantation sur le territoire communautaire demeure fragmentés et probablement insuffisants pour prendre en compte les réalités nouvelles de l'investissement international<sup>135</sup>».

Il existe en effet un déséquilibre entre les règles relatives au traitement de l'investissement et celles relatives à la protection. En outre, le droit communautaire de l'investissement se caractérise tout de même par la prévalence des droits nationaux sur l'investissement<sup>136</sup>, notamment par les règles d'exceptions existantes<sup>137</sup> et par le maintien des régimes particuliers c'est-à-dire les secteurs dans lesquels les investissements étrangers ne peuvent bénéficier des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination et qui, au mieux, ne peuvent être qu'autorisés sous certaines conditions.

#### 4. Un instrument régional non contraignant

Tous les instruments régionaux ne sont pas contraignants, comme par exemple, la coopération économique Asie-Pacifique (APEC)<sup>138</sup>. Cette coopération souhaite réaliser plusieurs objectifs, dont le plus important est de promouvoir les échanges et les investissements dans la zone.

Le Forum de coopération économique de l'Asie-Pacifique « a vocation à réunir tous les pays riverains de l'Océan Pacifique<sup>139</sup> », en

---

<sup>135</sup> VADCAR C. – op.cit.p.332

<sup>136</sup> VADCAR C. – op.cit.p.338

<sup>137</sup> Tels que : les dispositions spécifiques liées à l'ordre public et à la sécurité publique, les clauses de sauvegarde relatives à la balance de paiements, les exceptions liées à l'exercice de l'autorité publique et la possibilité de maintenir les restrictions préexistant au 31 décembre 1993

<sup>138</sup> CNUCED – « APEC Non-Binding Investment Principles (1994) » in *International Investment Instruments : A Compendium*, United Nations Publications, Genève, 1996, vol.II, p.535-537

<sup>139</sup> FOUQUIN M. – « L'APEC : un mariage forcé ? », *La Lettre du CEPII*, no.141, déc.1995

dépit de leur degré inégal de développement économique et surtout quant aux flux des investissements. La plupart des adhérents de l'APEC sont également membres des autres accords régionaux, principalement de l'ASEAN et de l'ALENA. Cette interférence pourrait expliquer l'absence de caractère contraignant de la coopération.

L'APEC reprend d'ailleurs la plupart des principes qui gouvernent les accords internationaux, mais son originalité consiste dans l'accent mis sur les différences économiques existant entre ses adhérents et sur une ouverture économique singulière. Les adhérents ont ainsi opté pour la flexibilité, qui permet de moduler en fonction des intérêts nationaux, les concessions et leur calendrier.

L'autre caractéristique de l'APEC est le concept de « régionalisme ouvert », adopté en 1989, par les 18 pays membres, concept qui place la libéralisation mondiale parmi les priorités de l'APEC, alors même qu'un rôle secondaire est assigné à la libéralisation à l'intérieur de la zone<sup>140</sup>.

Ce système plus que régional de coopération inclut parmi ses membres les trois premières économies du monde : les Etats-Unis, le Japon et la Chine. Sa conception de « régionalisme ouvert » constitue un effort pour assurer la compatibilité entre l'explosion des accords régionaux dans l'ensemble du monde, et le système commercial mondial de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Au sommet de Bogor (Indonésie) en 1994, les membres de l'APEC ont décidé l'ouverture du commerce et des investissements dans la région pour 2010, pour les pays industrialisés les plus riches, et 2020 pour les nouveaux pays industriels et les autres. De ce fait, cet accord est considéré par certains auteurs, comme « l'accord commercial le plus

---

<sup>140</sup> BERGSTEN F. (1997) – op.cit.p.5

étendu du monde<sup>141</sup> ». A cette occasion, il a été adopté un Code des investissements qui exprime la volonté des membres d'attirer les investissements directs étrangers dans la région. Il « repose sur les principes fondamentaux de la transparence, de la non-discrimination, du droit d'établissement et du traitement national des investissements étrangers<sup>142</sup> ».

A l'instar de tous les codes dits « de bonne conduite » adoptés dans d'autres domaines, le droit international public considère cet instrument comme un accord non contraignant pour les Etats. En l'occurrence, ce code ne fait donc peser sur les adhérents de l'APEC aucune obligation. Les membres sont libres de suivre ou de ne pas suivre les principes qu'il promeut. Il est cependant surprenant que pour un instrument censé de régir les investissements et le commerce, la définition des termes employés et précisément celle de l'investissement n'y figurent pas.

La transparence est le premier principe évoqué par l'APEC. Il permet d'assurer directement la sécurité juridique des transactions ou opérations d'investissement susceptibles d'être effectuées par les investisseurs étrangers. Les Etats membres en adoptant des mesures ou normes, devront s'assurer que l'information est publique et qu'elle est facilement accessible par toute personne désirant l'obtenir<sup>143</sup>.

Le Code pose le principe de la non-discrimination entre les sources économiques comme étant la manifestation d'un régionalisme ouvert. Ainsi, les Etats membres vont traiter de façon identique les

---

<sup>141</sup> BERGSTEN F. - "APEC: The Bogor Declaration and the Path Ahead.", *Asia Pacific Working Paper*, Series No. 95-1, Institute for International Economics, Washington, 1995

<sup>142</sup> BERGSTEN F. (1995) – op.cit.p.27

<sup>143</sup> CNUCED – *Accords internationaux d'investissement : concepts autorisant une certaine flexibilité aux fins de promouvoir la croissance et le développement*, United Nations Publications, Genève, 1999, p.14

investissements issus ou non de la région, tout en respectant leurs obligations et les principes internationaux<sup>144</sup>.

En ce qui concerne l'admission des investissements, le Code prévoit « que les pays doivent faire de leur mieux pour admettre les investissements sur la base du traitement national et du traitement NPF, sous réserve des exceptions prévues par la législation et la politique nationale<sup>145</sup> ». Les incitations agressives étant condamnées, il n'est pas permis pour un Etat membre d'assouplir les règles de santé, de sécurité et d'environnement dans le but de faciliter l'entrée des investissements. Aussi, les Etats membres vont réduire au minimum l'utilisation des prescriptions de résultat qui aurait pour effet de perturber ou de limiter l'expansion du commerce et de l'investissement.

Le Code prévoit aussi des dispositions qui visent à décourager l'imposition de contraintes d'exploitation<sup>146</sup>. Pour tout ce qui concerne l'expropriation, la compensation, le transfert des fonds et leur convertibilité, le code reprend les clauses existantes dans les instruments internationaux.

D'une manière générale, l'objectif de l'APEC en ce qui concerne les investissements directs étrangers et le commerce, est de promouvoir leur expansion en appliquant les principes de liberté et d'ouverture dans la mesure où cela permettrait d'instaurer pour certains pays un véritable développement économique<sup>147</sup>.

Il s'agit de réduire ou d'éliminer progressivement les exceptions et les restrictions et d'explorer l'étendue du réseau des accords bilatéraux des adhérents. Mais une fois ces principes énoncés, reste à atteindre le résultat espéré et pour cela « il faudra agir dans le domaine de la transparence, de la régulation des investissements directs étrangers

---

<sup>144</sup> BERGSTEN F.(1995) – op.cit.p.31

<sup>145</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.14

<sup>146</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.15

<sup>147</sup> ELEK A. - « APEC Beyond Bogor: An Open Economic Association in the Asian-Pacific Region », *Asia Pacific Economic Literature*, 1995, no. 1 (May), p.7

d'une part, et de la coopération avec des organisations internationales économiques, d'autre part<sup>148</sup>».

L'importance et l'impact des accords régionaux d'intégration économique ne sont plus à démontrer. Ils répondent à un besoin juridique, économique, social et environnemental. L'un des objectifs qu'ils poursuivent est de favoriser, de promouvoir et d'assurer le développement du commerce et de l'investissement dans la région en question. Il y a lieu de noter que tous les accords régionaux n'ont pas le même objet, le même cadre. Certains sont essentiellement consacrés aux investissements directs étrangers alors que d'autres ont un champ d'action plus large, mais qui comprend bien entendu les investissements.

Une partie des accords régionaux se caractérise par leur haut degré de libéralisation. C'est notamment le cas de l'ALENA, de la Charte sur l'énergie ou du droit communautaire issu des traités de Rome, Maastricht et d'Amsterdam. Leur caractéristique commune la plus remarquable est la quasi-absence des restrictions de toutes sortes pouvant entraver l'admission, la constitution ou le déroulement du commerce et des investissements directs étrangers.

Une autre partie se consacre exclusivement au traitement du lien entre les investissements directs étrangers et le commerce international. Il s'agit de l'accord ASEAN ou de l'accord MERCOSUR. Leur contenu n'est pas fondamentalement original dans la mesure où ils s'inspirent des traités bilatéraux d'investissements, mais ces textes ont le mérite d'exister, en servant de sources d'inspiration à un accord de plus grande envergure sur les investissements. La très large définition de l'investissement ou des investisseurs, le règlement des différends entre Etats signataires et entre investisseurs privés et Etat d'accueil des investissements, sont indéniablement des questions délicates qui sont

---

<sup>148</sup> BERGSTEN F.(1995) – op.cit.p.34



minutieusement examinées dans les accords régionaux. Cependant, ils répondent seulement aux besoins des pays appartenant à la même région. Autrement dit l'existence de ces accords assure la promotion du commerce et des flux d'investissement dans la région et uniquement pour la région<sup>149</sup>.

On ne peut s'empêcher de penser que les acteurs économiques venant de l'extérieur bénéficieront systématiquement des avantages ou des concessions obtenus. En fait la question sous-jacente est celle de la réciprocité conventionnelle. Cette dernière est censée assurée un minimum d'égalité entre les acteurs économiques, mais elle ne sera pas respectée dès lors qu'un acteur économique ne pourra pas se comporter comme il est souhaité sur le territoire d'un Etat non membre appartenant à la zone d'intégration économique concernée.

Aussi, la majorité des accords régionaux s'empresse-t-elle de préciser que le traitement accordé aux membres de l'accord ne sera pas étendu aux non membres. Cette clause a pour objet de limiter la portée de la clause de la nation la plus favorisée. En fait quelque soit les avancées obtenues dans un domaine tel que la limitation des prescriptions de résultat ou celui du traitement identique lors de la phase de pré-investissement et de post-investissement, elles ne bénéficieront qu'aux pays signataires de l'accord, donc à leurs différents acteurs économiques. Ainsi, la prolifération des accords bilatéraux et régionaux d'investissement affecte d'une certaine manière l'exercice complet du traitement national et celui du traitement de la nation la plus favorisée.

En dernier lieu, il est à noter que les différents accords régionaux, en dépit de leur fort degré de libéralisation, contiennent des réserves ou des exceptions substantielles. En outre, se pose avec acuité le problème des mesures incitatives à l'investissement étranger. Les accords d'intégration régionaux ne se privent pas de ces moyens pour

---

<sup>149</sup> Exception faite à l'APEC avec son idée de régionalisme ouvert

doper les investissements. En définitive, les accords régionaux sont susceptibles de créer une perturbation avec les pays voisins non membres. Pour toutes ces raisons, il est souhaitable de s'engager de manière réelle vers un instrument contraignant multilatéral, régissant de manière globale et complète les investissements directs étrangers.

## **SECTION II - Les instruments multilatéraux**

La multiplication des ententes régionales a contribué à l'érosion d'un multilatéralisme plus large à l'échelle mondiale, dès la fin des années 1970. Cette érosion a été accentuée par le revirement de la politique des Etats-Unis, initialement « fer de lance du multilatéralisme<sup>150</sup> ». C'est dans ce climat de crise du système multilatéral global que s'est engagé le dernier cycle de négociations, qui se voulait ambitieux, en s'inscrivant justement dans une approche globalisante afin d'instaurer une réglementation efficiente destinée à lutter contre l'ensemble des obstacles non tarifaires aux échanges.

L'apport le plus important qu'a pu réaliser le cycle réside dans la création de l'Organisation Mondiale du Commerce, avec pour mission de mettre en place un nouveau système international des échanges fondé sur le multilatéralisme et la réciprocité<sup>151</sup>.

Le système OMC, « d'une complexité redoutable et accrue<sup>152</sup> », s'est élargi à de nouveaux secteurs économiques, tels que l'agriculture, les textiles, les services, ainsi que les droits de propriété intellectuelle et les investissements, sous réserve d'une liaison directe avec le commerce.

---

<sup>150</sup> ROSIAK P. – *Les transformations du droit international économique: Les Etats et la Société civile face à la mondialisation*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2003, p.65

<sup>151</sup> PACE V. – *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2000, p.17

<sup>152</sup> JUILLARD P.; CARREAU D. – *Droit international économique*, 4<sup>e</sup> Edition, L.G.D.J., Paris, 1998, p.129

De toute manière, pour les Etats, indifféremment du niveau de développement économique, les règles multilatérales offrent d'autres avantages par rapport aux accords bilatéraux et régionaux. Elles permettent notamment une plus grande libéralisation. Elles rendent inutiles les dispositions de réciprocité, puisqu'un accord multilatéral doit garantir que règne entre les engagements pris un équilibre global satisfaisant pour toutes les parties<sup>153</sup>. Enfin, elles garantissent que tous les pays obéissent aux mêmes règles.

En ce qui concerne les investissements directs étrangers, il existe des instruments juridiques multilatéraux issus de diverses sources. Nous évoquerons principalement les textes issus de la Banque Mondiale (A), les instruments issus de l'OMC (B) et le texte de l'OCDE (C).

## A. Les instruments issus de la Banque Mondiale

Parmi les instruments multilatéraux issus de la Banque Mondiale, on examinera un texte non contraignant, qui pose des principes importants (1), puis des instruments contraignants qui abordent des thèmes récurrents dans les relations entre les investissements et le commerce mondial, notamment les questions de protection et de règlement des différends (2).

### 1. Un instrument multilatéral non contraignant : *Les Principes directeurs de la Banque Mondiale*

L'élaboration des Principes directeurs ou *guidelines* par le groupe de la Banque Mondiale a définitivement vu le jour en 1992, sous la forme d'un texte ayant une valeur non contraignante<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> LEY R. – « Règles multilatérales visant à promouvoir la libéralisation des régimes d'investissement », in OCDE - *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris, 1996, p.75

<sup>154</sup> JUILLARD P. – « Investissements : Principes Directeurs de la Banque Mondiale », *AFDI*, 1992, p.783 : « [...] le texte joue un rôle interstitiel par rapport aux règles existantes ».

Au-delà de la promotion des investissements directs étrangers, il revient aux pays membres de prendre en considération les principes directeurs pour l'admission et le traitement de l'investissement privé étranger sur leur territoire, sans préjudice des règles contraignantes du droit international en vigueur. Les rédacteurs ont mis en avant le concept de *best practice* que l'on doit recommander à l'Etat de territorialité de l'investissement de mettre en oeuvre vis-à-vis de l'investisseur.

Il s'agit donc « d'un catalogue des mesures étatiques et interétatiques qui a pour objet et pour effet d'encourager et non de décourager les investissements internationaux. Cette énumération, en elle-même, n'a aucune signification quant à la juridicité de l'instrument qui l'incorpore<sup>155</sup>». Le texte est composé de cinq sections : champ d'application ; admission de l'investissement étranger ; traitement, expropriation, modification ou résiliation unilatérale des contrats ; et règlement des litiges.

Le *champ d'application* (première section) a pour objet de définir les investissements ou les personnes concernés.

Le premier article définit en substance que les règles énoncées par le texte de la Banque mondiale peuvent avoir une valeur supplétive, autrement dit le texte servira de complément aux instruments internationaux existants et de source d'inspiration éventuelle pour l'élaboration des textes nationaux<sup>156</sup>. Une autre singularité de cette section est que l'investissement n'est pas défini, ce qui laisse la porte ouverte à toute forme d'interprétation<sup>157</sup>. Enfin, cette section encourage les pays membres à éviter autant que possible la mise en place d'un traitement préférentiel au nom de la libre concurrence entre les investisseurs locaux et les investisseurs étrangers.

---

<sup>155</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.782

<sup>156</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.783

<sup>157</sup> WORLD BANK – *Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, p.1371

*L'admission* des investissements reprend la logique des instruments régissant la relation entre les investissements et le commerce (deuxième section). L'article premier de cette section précise que l'investissement de capitaux, spécialement dans des technologies et des savoir-faire doivent être encouragés et admis. En outre, les pays hôtes devront éviter le plus possible d'entraver la constitution des investissements par des mesures lourdes ou complexes.

Dans la mesure où ils disposent du droit de réglementer l'entrée des investissements, l'établissement, par les Etats hôtes, de listes restrictives (*restricted list*), c'est-à-dire de listes concernant les domaines fermés à l'investissement privé d'origine étrangère, serait plus bénéfique que les prescriptions de résultat<sup>158</sup>. Les exceptions que l'on peut opposer à l'investisseur étranger sont sensiblement identiques à celles énoncées dans d'autres instruments : sécurité nationale, ordre public, santé publique, protection de l'environnement. Cette section est ponctuée par l'exhortation faite à chaque Etat de procéder à une opération de transparence au moyen de la publication d'un manuel regroupant toutes les informations nécessaires.

*Le traitement de l'investissement* est la section la plus importante du texte de la Banque mondiale (troisième section), et de ce fait, elle présente la construction la plus élaborée.

Comme la plupart des instruments existants, le texte mentionne trois principes: le principe du traitement juste et équitable, le principe de la généralisation du traitement accordé à l'investisseur ressortissant de la nation la plus favorisée, et le principe de l'extension du traitement national à l'investisseur international<sup>159</sup>.

En effet, les *Guidelines* n'utilisent pas le terme de traitement national, mais celui de « traitement non moins favorable que le

---

<sup>158</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – *Droit international économique*, 4<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2003, p.472

<sup>159</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.790

traitement accordé aux nationaux<sup>160</sup> ». Ce traitement sera accordé pendant toutes les phases du processus d'investissement (article 1 de la section).

Hormis la clause habituelle de non extension automatique des avantages prévus par les accords régionaux (article 4), le texte se singularise encore une fois en optant pour une politique souple de l'emploi (article 5). Les investisseurs sont libres d'embaucher le personnel de leur choix ; le texte reprend donc le concept « de la libre circulation des travailleurs dont l'activité est nécessaire à la réussite de l'opération de l'investissement<sup>161</sup> ».

*Le transfert des fonds* fait partie de la troisième section régissant le traitement des investissements, section qui reprend les clauses qui se trouvent dans les traités bilatéraux d'investissements (article 6). On peut retenir en substance que le transfert se fait selon un régime de liberté, avec le minimum de restrictions possibles, sauf exceptions. Ce régime suppose à la fois la libre convertibilité et la libre transférabilité. Le transfert doit être à la fois prompt et effectif, ce qui revient à dire que les retards indus de transfert seront considérés comme spoliatoires<sup>162</sup>.

Les Principes directeurs recommandent l'observation des pratiques, en matière sociale et fiscale, qui sont considérées comme susceptibles d'encourager les flux d'investissements internationaux. En matière fiscale, ils se prononcent en faveur de l'admission du personnel étranger dont la présence se révélerait nécessaire à la bonne gestion de l'investissement. En même temps, les *Principes* adoptent une position nuancée, et ils « ne recommandent en aucune manière l'adoption, par l'Etat de territorialité de l'investissement, des mesures

---

<sup>160</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.793

<sup>161</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D.(2003) – op.cit.p.470

<sup>162</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.795

fiscales à caractère incitatif dans le but d'encourager les flux d'investissement internationaux<sup>163</sup>».

L'article 8 (Point III 8) du chapitre sur le traitement fait exception. Il recommande pour l'Etat de territorialité l'adoption des mesures appropriées aux fins de prévention et de répression des pratiques de corruption dont l'investisseur pourrait se rendre coupable. En ce sens, les *Principes* encourage « une attitude de sincérité et de responsabilité, et se prononcent en faveur de l'établissement ou du renforcement de la coopération internationale en ce domaine<sup>164</sup>».

*L'expropriation et la modification ou la résiliation unilatérale des contrats* font l'objet de la section la plus importante en volume (quatrième section, 11 articles). On constate premièrement que le terme expropriation n'est pas défini et qu'est reconnu le droit d'exproprier dans les limites énoncées habituellement : bonne foi, utilité publique, absence de discrimination et surtout une indemnisation appropriée.

Le texte se place dans la perspective de l'investisseur qui a fait l'objet d'une mesure de dépossession. Pour déterminer la valeur des biens saisis, les *Principes* « recommandent deux méthodes alternatives. D'une part, cette valeur pourra être déterminée par voie d'entente directe entre l'Etat et l'investisseur dépossédé, sinon, d'autre part, par un tiers désigné de commun accord entre l'Etat et l'investisseur. L'une et l'autre des deux méthodes reposent sur le consentement mutuel<sup>165</sup>» entre l'Etat et l'investisseur dépossédé. En même temps, le texte énonce clairement les définitions des termes employés (adéquante, appropriée, juste valeur marchande, etc.) afin d'éviter toute ambiguïté. Il propose également des méthodes de calcul d'évaluation et d'indemnisation du bien dépossédé librement inspirées des décisions

---

<sup>163</sup> WORLD BANK (1992) – op.cit.p.1376

<sup>164</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.797

<sup>165</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.798

des Cours d'arbitrage internationales<sup>166</sup>. Il prévoit ensuite les situations qui auront un traitement différent. En effet, lorsque l'expropriation sanctionne une violation, l'exproprié n'aura droit qu'à une indemnité réduite.

En ce qui concerne la qualité de l'Etat qui cause la dépossession, la Banque Mondiale opère une distinction entre l'Etat qui agit dans l'exercice de son pouvoir souverain et l'Etat qui agit en tant que partie contractante : « le premier verra ses agissements interprétés sous l'aune de principes directeurs tandis que le second sera soumis à la loi du contrat<sup>167</sup>».

L'ultime section s'attache au règlement des litiges. Elle pose d'abord, le principe du libre choix du mode de règlement du litige, en privilégiant la négociation. Ensuite, si aucun mode consensuel ne peut être utilisé, les parties pourront tour à tour se présenter devant les juridictions locales ou devant les instances arbitrales de leur choix, incitées en cela éventuellement par la recommandation du CIRDI, en cas d'ultime recours<sup>168</sup>.

Les *Principes* mettent en évidence le rôle actif que joue la Banque Mondiale dans l'instauration ou la restauration d'un climat favorable aux investissements, sous réserve du handicap que peut constituer le caractère non obligatoire de cet instrument.

## **2. Les instruments multilatéraux contraignants**

Dans la catégorie des instruments multilatéraux à caractère obligatoire issus de la Banque Mondiale on examinera la Convention de Washington, créant le Centre International pour le Règlement des

---

<sup>166</sup> WORLD BANK (1992) – op.cit.p.1376

<sup>167</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.799

<sup>168</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.800



différends relatifs aux investissements (CIRDI) (2.1) et la Convention de Séoul, créant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMIGA) (2.2).

Ces deux textes se remarquent parce qu'ils ont donné naissance à deux agences multilatérales qui ont œuvré en faveur de flux d'investissements directs étrangers dirigés vers les pays en développement. Ce faisant, elles ont beaucoup contribué à l'amélioration du climat d'investissement dans ces pays. Aussi, ces accords ont-ils été ratifiés par un très grand nombre d'Etats.

## *2.1 La Convention de Washington*

De nombreux pays, plus de 130, ont ratifié la Convention de Washington, de 1965, qui donne naissance au CIRDI. Le CIRDI a été créé afin d'encourager les investissements étrangers dans les pays en développement. Il constitue un mode international de règlement des litiges entre les investisseurs étrangers et les gouvernements des pays d'accueil<sup>169</sup>. En d'autres termes, « le Centre s'efforce de favoriser des flux d'investissements internationaux en offrant des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends entre gouvernements et investisseurs<sup>170</sup>».

La Convention est un traité : sa ratification par les Etats signifie l'acceptation de ses termes et des obligations qu'elle met en place. Le CIRDI facilite ainsi la résolution des conflits entre les investisseurs étrangers, ressortissants des Etats signataires de la Convention et les Etats d'accueil, signataires eux aussi de la Convention. Sa particularité est d'être ainsi un système arbitral mixte de règlement des différends

---

<sup>169</sup> NATHAN K. – « Submissions to the International Centre for Settlement of Investment : Disputes in breach of the Convention », *Journal of International Arbitration*, 1995, p. 27

<sup>170</sup> BAKER C.J. – *Foreign Direct Investment in Less Developed Countries : The Role of ICSID and MIGA*, Quorum Books, London, 2000, p.31

sur les investissements, devant lequel peuvent rester des investisseurs privés face à un Etat<sup>171</sup>.

Le Centre offre aux parties une structure propre à déjouer les difficultés qu'on rencontre pour la résolution des règlements des différends internationaux en ce domaine. Son utilité peut à cet égard « s'apprécier à un triple point de vue :

- le succès ou l'échec de son intervention pour résoudre les différends ;
- l'efficacité de son action dans le fonctionnement de l'organe arbitral appelé à juger, et
- le degré de confiance ou de méfiance qu'il inspire à l'Etat et qui dictera son comportement à l'égard de l'arbitrage<sup>172</sup>».

Les litiges soumis au Centre sont généralement générés par une inexécution, une interruption brutale d'une obligation ou par une mesure d'expropriation. Le CIRDI est un arbitrage institutionnel qui a un champ d'application limité, les parties pouvant saisir le Centre sont limitativement énumérées. Sont également concernés les types de contrat qui pourront faire l'objet des différends soumis au Centre<sup>173</sup>.

### 2.1.1 Les personnes concernées

Le CIRDI ne traite que de contentieux mixtes. Cela signifie que le Centre ne peut être saisi que par le biais d'un Etat et d'un investisseur ressortissant d'un autre Etat. Les contentieux opposant deux Etats et les contentieux opposant deux investisseurs ressortissant de deux Etats différents ou identiques sont exclus.

---

<sup>171</sup> BROCHES A. – « Observations on the Enforceability of ICSID arbitration », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, 1991, vol.6, p.322

<sup>172</sup> RAMBAUD P. – « Premier enseignement des arbitrages du CIRDI », *Annuaire Français de Droit International*, 1982, p. 472

<sup>173</sup> BAKER C.J. – « Settling Foreign Investment Disputes Via ICSID », *International Business*, no.40, 1990, p.43

Le schéma le plus fréquemment rencontré est celui du différend entre un pays d'accueil des investissements et une entreprise multinationale ressortissante du pays contractant, faisant office de pourvoyeur de fonds d'investissement.

Il y a lieu d'observer que contrairement aux arbitrages *ad hoc* le Centre fournit les arbitres. Ces arbitres figurent donc sur des listes préalablement constituées par les pays signataires de la Convention<sup>174</sup>. Ainsi les parties n'ont-elles pas à perdre de temps à désigner les arbitres lors de l'apparition d'un litige, procédure qui allonge souvent les délais de traitement d'une affaire.

Le Centre dispose donc d'un « Panel de Conciliateurs et d'Arbitres », constitué des experts en finance, droit et autres spécialités, désignés par les Etats membres. L'article 14 (1) de la Convention précise les qualités nécessaires aux personnes qui constituent le Panel<sup>175</sup>. Les arbitres susceptibles d'être désignés pour faire partie du Panel doivent être « d'une moralité irréprochable (*high moral character*) » et disposer « de compétences reconnues dans les domaines juridiques, commercial, dans l'industrie ou dans les finances, leur permettant de délivrer des jugements indépendants<sup>176</sup> ».

### 2.1.2 Les contrats concernés

Pendant plus de 30 ans le CIRDI a édifié un ensemble de règles, de procédures et de décisions qui l'a consacré comme l'institution d'arbitrage la plus importante en matière d'investissements à l'étranger, notamment pour les litiges relatifs à des projets d'investissement dans les pays en développement<sup>177</sup>, survenant entre des Etats contractants et des ressortissants étrangers.

---

<sup>174</sup> BROCHES A. – op.cit.p.323

<sup>175</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.52

<sup>176</sup> SHIHATA I. – « The Experience of ICSID in the Selection of Arbitrators », remarks at the Sixth Joint American Arbitration Association/International Chamber of Commerce/ICSID Colloquium, reprinted in *News from ICSID*, 1989, winter, no.6, p.5

<sup>177</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.51

Si la notion d'investissement est assez bien définie par les instruments internationaux régissant l'investissement international, il ne faut pas pour autant négliger de délimiter la notion de différend relatif aux investissements. En ce domaine, la référence à l'existence d'un contrat entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger sera cruciale.

Le support juridique de l'investissement direct étranger, ou investissement international, peut prendre plusieurs formes<sup>178</sup>. On parlera généralement de contrat d'investissement : « Le contrat d'investissement exige un transfert, un apport que le ressortissant d'un Etat fait en direction d'un autre Etat. L'apport pouvant être soit en capital, soit en nature, il ne pouvait s'agir d'un apport en industrie<sup>179</sup>».

Les contrats peuvent revêtir des formes très diverses. Ils peuvent prendre la forme de la création ou du rachat d'entreprise ou encore de la prise de participations dans une entreprise existante. L'investisseur peut détenir l'intégralité du capital de sa filiale ou seulement une fraction de celui-ci, par choix ou par contrainte<sup>180</sup>. En d'autres termes, il s'agira généralement d'un contrat de participation.

Le contrat de cession représente également une forme usuelle de l'investissement. Le ressortissant d'un Etat fournit à un autre Etat certains biens, qui sont le plus fréquemment des biens d'équipement. Cette cession est rémunérée pour une part substantielle par une fraction convenue des bénéfices retirés de l'exploitation. On rattache à cette forme d'investissement les ventes d'ensembles industriels, les contrats de partage de la production et les contrats de partage des bénéfices<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> BOUYEURE C. - *L'investissement international*, Que sais-je, PUF, 1993, p.33

<sup>179</sup> JUILLARD P - *Perspectives économiques et juridiques : Contrats internationaux et pays en développement*, publié avec le concours du Ministère de la Coopération et du développement, Contrats d'Etat et Investissement, Ed.Economica, 1989

<sup>180</sup> BOUYEURE C. - op.cit.p.34

<sup>181</sup> JUILLARD P.(1989) – op.cit.p.47

A cette forme, le ressortissant investisseur confère à l'Etat d'accueil des droits exclusifs d'exploitation sur des biens corporels ou incorporels. Il s'agit généralement de contrats de licence, de franchisage et de location-exploitation.

Mais certains contrats se distinguent par leur *objet* particulier. Les contrats de gestion représentent une forme moins traditionnelle et plus exceptionnelle d'investissement dans la mesure où l'on se rapproche de l'apport en industrie. Le ressortissant investisseur agit comme un prestataire vis-à-vis de l'Etat d'accueil en assurant la gestion des activités de l'entreprise, soit totalement, soit partiellement. Le caractère d'investissement provient d'une part de la durée du contrat et d'autre part des modalités de la rémunération du prestataire<sup>182</sup>.

Il appartiendra aux arbitres de distinguer le contrat d'investissement des autres types de contrats, notamment du contrat commercial, cette distinction n'étant pas toujours aisée. Selon certains auteurs, « lorsque s'établit un lien économique de caractère durable et lorsque ce lien économique se traduit par une association aux résultats de l'exploitation, le contrat est un contrat d'investissement. Lorsqu'il ne s'établit aucun lien économique de caractère durable ou lorsque le lien économique durable ne se traduit pas par une association aux résultats de l'exploitation, le contrat demeure un contrat commercial et ne peut en aucune manière être considéré comme un contrat d'investissement<sup>183</sup>».

Une lecture attentive des cas soumis au CIRDI révèle non seulement un nombre assez soutenu de litiges mais surtout une assez grande diversité de contrats<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> JUILLARD P.(1989) – op.cit.p.49

<sup>183</sup> JUILLARD P. (1989) - op. cit.p.49

<sup>184</sup> BREWER T. – « International Dispute Settlement Provisions : the Evolving Regime for Foreign Direct Investment », *Law and Policy in International Business*, 1995, vol.26, p.639

### 2.1.3 Les particularités structurelles du CIRDI

Les procédures d'arbitrage du CIRDI sont gouvernées par plusieurs instruments. La Convention prévoit le cadre standard d'arbitrage fourni par le droit international. Les points de détail concernant ces règles, y compris le processus de soumission par les gouvernements et l'enregistrement des demandes d'arbitrage, seront formulés par le Conseil d'administration du CIRDI. Le régime procédural est plus complexe que tout autre régime utilisé par les autres institutions internationales d'arbitrage mais en même temps, il apparaît suffisamment flexible pour permettre aux parties de formuler des modifications pendant les procédures<sup>185</sup>.

Le règlement CIRDI prévoit une consultation préliminaire sur les procédures entre les parties au conflit et le président du Tribunal CIRDI, aussitôt que possible après son établissement.

En ce qui concerne le choix du droit utilisé, l'article 42 de la Convention prévoit des directives à suivre par le Tribunal d'arbitrage constitué<sup>186</sup>. Le consentement des parties sur le processus de règlement à suivre a beaucoup d'importance dans une procédure CIRDI. Selon la Convention, après avoir consenti sur le processus, aucune autre décision unilatérale d'annulation n'est plus possible<sup>187</sup>.

Le différend en question est d'abord soumis au secrétaire général du CIRDI afin de déterminer si le conflit entre effectivement dans le champ de compétence du Centre. Selon l'article 36(3) de la Convention, le secrétaire général peut refuser d'enregistrer le différend<sup>188</sup>. Après acceptation par celui-ci, le différend est enregistré. Ensuite, le plus tôt possible, est constitué le tribunal d'arbitrage ou de conciliation.

---

<sup>185</sup> DELAUME G. – « ICSID Arbitration Proceedings : Practical Aspects », *Pace Law Review*, no.5, Spring, 1985, p.568

<sup>186</sup> BROCHES A. – op.cit.p.325

<sup>187</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.54

<sup>188</sup> DELAUME G. – op.cit.p.570

La Convention CIRDI permet aussi bien la conciliation, que l'arbitrage. Par rapport à d'autres conventions de règlement des différends, la Convention de Washington ne prévoit pas la conciliation comme condition préalable à l'arbitrage<sup>189</sup>.

Les différences entre la conciliation et l'arbitrage sous la juridiction de la Convention reflètent les différences entre ces deux procédures, dans le sens que la conciliation cherche à arriver à un règlement mutuellement convenable et de type consensuel, tandis que la procédure d'arbitrage mène à une résolution du conflit indépendante des parties et à caractère obligatoire<sup>190</sup>. La conciliation aboutit à une recommandation faite aux parties en conflit. En outre, elle peut être faite à tout moment de la procédure, alors que dans le processus d'arbitrage, la sentence est prise à la fin de la procédure<sup>191</sup>. Cette sentence est irrévocable pour les deux parties au conflit et elle doit être respectée en conformité avec les règles de droit international.

Toutefois, dans un délai bien défini, une des parties peut faire appel devant le tribunal arbitral dans un délai maximum de 90 jours. Selon l'Article 52 de la Convention « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général, l'annulation de la sentence ». Parmi les raisons invoquées sont acceptées la corruption et la procédure incorrecte<sup>192</sup>. Il peut également s'agir de cas d'omission de preuves ou d'erreur matérielle. Ce dispositif est destiné à protéger les parties contre des injustices procédurales<sup>193</sup>.

Le CIRDI propose une autre formule en vue d'obtenir la réformation de la sentence arbitrale<sup>194</sup>, selon laquelle le Président du tribunal, à la réception de la demande, nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres un comité

---

<sup>189</sup> BROCHES A. – op.cit.p.339

<sup>190</sup> DELAUME G. – op.cit.p.575

<sup>191</sup> ZIADÉ G.N. – « ICSID Conciliation », *News from ICSID*, no.13, summer 1996, p.3

<sup>192</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.59

<sup>193</sup> BROCHES A. – op.cit.p.347

<sup>194</sup> Article 52(3)

*ad hoc* de trois membres. Ce Comité est habilité à annuler la sentence totalement ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa 1 de l'article 52. De ce fait, au sein d'un arbitrage institutionnel, il existe un arbitrage *ad hoc*.

L'article 64 stipule que « tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour Internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement<sup>195</sup>».

D'autres particularités spécifiques aux procédures CIRDI ont été déjà mentionnées au chapitre concernant le règlement des différends dans le cadre bilatéral, notamment la clause de subrogation et le Service Additionnel (Additionnal Facility). A ce sujet, le CIRDI travaille sans cesse sur la rédaction des modèles de dispositions concernant le règlement des différends destinés aux traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, il est estimé que plus d'un millier des ces dispositions d'arbitrage ont été incluses dans les contrats entre les investisseurs étrangers et les gouvernements des pays d'accueil, et que les investissements ainsi protégés dépassent 2 milliards de dollars<sup>196</sup>.

Pour conclure, il faut mentionner que les procédures d'arbitrage CIRDI connaissent quelques difficultés dues en partie aux limites de sa juridiction, à l'absence d'un pouvoir de contrôle de l'exécution de ses sentences ainsi qu'à des ressources inadéquates par rapport aux demandes accrues de recours à ses services<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> DELAUME G. – op.cit.p.570

<sup>196</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.62

<sup>197</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.97



## 2.2 La Convention de Séoul

La Convention portant création d'une Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) dont le texte a été approuvé par le Conseil des gouverneurs de la Banque Mondiale le 11 octobre 1985 à Séoul, est entrée en vigueur le 12 avril 1988. L'objectif de cette Convention est inscrit dans son article 2 : « encourager les flux d'investissements à des fins productives, entre Etats membres, en particulier vers les Etats membres en développement », tout en établissant un système multilatéral de garantie<sup>198</sup>. En d'autres termes, la Convention a un double rôle : celui de promouvoir et celui de garantir les investissements internationaux.

L'investissement étranger est assuré par l'Agence contre des risques politiques encourus dans le pays d'accueil. Ces risques sont représentés par :

- des actes du gouvernement d'accueil destinés à altérer la convertibilité de la monnaie locale dans des devises étrangères ou d'empêcher le rapatriement de sommes perçues ;
- des interférences ou même l'annulation des contrats ou des accords entre l'investisseur étranger et le gouvernement du pays d'accueil ;
- des pertes d'avoirs à la suite d'actes d'expropriation ou de nationalisation pris par l'Etat d'accueil, qui ont pour corollaire de priver l'investisseur de ses droits sur son capital ou son investissement ou d'une part substantielle des avantages découlant de son investissement.
- des pertes ou endommagements des avoirs dus aux violences causées par la guerre civile, une insurrection, un coup d'Etat ou une révolution<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> VOSS J. – « The Multilateral Investment Guarantee Agency : Status, Mandate, Concept, Features, Implications », *Journal of World Trade Law*, no.21, 1987, p.8

<sup>199</sup> VOSS J.(1987) – op.cit.p.10

L'Agence est une Organisation internationale opérationnelle rattachée au groupe de la Banque Mondiale, et qui dispose de la personnalité juridique<sup>200</sup>. Elle est la seule institution multilatérale globale d'assurance des investissements, indépendante du point de vue juridique et financier. Cependant, le président de la Banque Mondiale est membre de droit de son comité directeur, ce qui maintient l'influence de la Banque Mondiale sur son activité<sup>201</sup>.

L'une des originalités de l'Agence réside dans son système de répartition des voix qui se fonde sur l'égalité entre les deux groupes d'Etats, exportateurs et importateurs d'investissements, et non sur un principe d'égalité entre les Etats<sup>202</sup>.

L'Article 1(a) de la Convention prévoit que l'Agence « délivre des garanties, y compris par des opérations de coassurance et de réassurance, contre les risques non commerciaux pour les investissements d'Etats membres dans un autre Etats membre<sup>203</sup> ». Pour parvenir à la réalisation de cet objectif, certaines conditions doivent être remplies : « Sur la base de la Convention et du Règlement opérationnel de l'Agence, des contrats de garantie entre l'Agence et les investisseurs ont été signés. Ces contrats précisent notamment la portée de la garantie, sa durée, les procédures de règlement des différends et le droit applicable, la réglementation des primes, des honoraires, et des indemnisations<sup>204</sup> ».

La Convention définit le type d'investissement susceptible de bénéficier de la garantie en optant pour une définition très large. En vertu de l'Article 12(a) les investissements admissibles comprennent les

---

<sup>200</sup> TOUSCOZ J. – « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) », *Journal de Droit International*, n°4, 1987, p.904

<sup>201</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.113

<sup>202</sup> JOS E. – « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements : une contribution positive mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement », *RGDIP*, n°1(4), 1994, p.393

<sup>203</sup> SHIHATA I. – « MIGA and the Standards Applicable for Foreign Investment », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, no.1, 1986, p.327

<sup>204</sup> VOSS J.(1987) – op.cit.p.12

prises de participation (et ceci sans tenir compte de l'entreprise ou de la part prise par l'investisseur) et d'autres investissements directs (investissements issus d'activité de transfert de technologies, de coopération industrielle, des services et sans capital). Pour autant, cet article ne laisse pas la porte ouverte à n'importe quel type d'investissement : « Les investissements à caractère militaire, hautement spéculatifs ou destinés à des activités illicites du type de la production de stupéfiants sont bien entendu exclus<sup>205</sup> ». Il en est de même des investissements susceptibles d'être assurés par un organisme public de crédit à l'exportation dans le pays de l'investisseur<sup>206</sup>.

L'investisseur est, comme dans tous les instruments internationaux régissant les investissements directs étrangers, une personne physique ou une personne morale, à caractère privé ou public. L'identification de la personne morale étant susceptible de créer des difficultés en vue de bénéficier de la garantie, la Convention définit précisément les conditions à remplir par une personne morale :

- Elle doit d'une part être constituée conformément au droit d'un Etat membre, autre que le pays d'accueil ;
- elle doit d'autre part avoir dans le pays d'accueil son établissement principal, et son capital doit être détenu par un ou plusieurs Etats membres, autres que le pays d'accueil<sup>207</sup>.

Il semble que le domaine de la Convention soit strictement limité. En effet la Convention ne garantit que les investissements réalisés dans les pays en développement à risque, qui font partie de la liste figurant à l'Annexe A de ladite Convention<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> JOS E. - op.cit.p.395

<sup>206</sup> TOUSCOZ J. - op.cit.p.910

<sup>207</sup> VOSS J.(1987) – op.cit.p.12

<sup>208</sup> TOUSCOZ J. - op.cit.p.912

« La délivrance de la garantie se matérialise par la conclusion d'un Contrat de garantie » qui ne saurait garantir la totalité de l'investissement (70 à 90% couvert) et « oblige l'investisseur à épuiser les recours administratifs – mais non les recours juridictionnels – avant de solliciter l'Agence en paiement de l'indemnité<sup>209</sup> ». Le Contrat de garantie passe par une procédure de souscription (approbation du pays d'accueil, évaluation du projet), qui est assujettie à une durée variant entre trois mois et quinze ans et portant sur un montant toujours inférieur au montant de l'investissement. Le contrat de garantie fixe également le mode de règlement des différends et le droit applicable (article 58 de la Convention)<sup>210</sup>.

L'Agence dispose d'une plus grande capacité à couvrir les projets d'investissement que toute autre institution multilatérale ou nationale ainsi que de tout assureur privé<sup>211</sup>.

Le processus d'application de la garantie a lieu en deux temps : d'abord l'investisseur présente les informations demandées par l'Agence afin de déterminer l'éligibilité de l'investisseur et de son investissement. Si l'Agence considère qu'ils sont qualifiés pour recevoir la garantie, elle envoie à l'investisseur une Notice avec « l'Application Définitive de la Garantie ». Ensuite, l'investisseur présente cette Notice à l'Agence, accompagnée de la documentation complète relative à son projet d'investissement. Si l'Agence décide de couvrir le risque, elle notifie cette décision à l'investisseur dans un délai de 2 à 4 mois<sup>212</sup>. Les pertes des investisseurs pourront alors faire l'objet d'une procédure d'arbitrage du CIRDI.

Les paiements effectués par l'Agence dans le cadre d'un Contrat de garantie d'un investissement peuvent exercer une pression morale

---

<sup>209</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. - *Droit International Economique*, 4<sup>e</sup> Ed., LGDJ, 1998, p.517

<sup>210</sup> TOUSCOZ J. - op.cit, p.920-922

<sup>211</sup> HAENDEL D. - « Foreign Investments and the Management of Political Risk », *Westview Press*, 1979, p.46

<sup>212</sup> SHIHATA I. (1986) – op.cit.p.330

sur les pays membres de l'Agence, notamment pour ceux qui sont des pays d'accueil pour les investissements assurés par l'Agence. De ce fait, les procédures de l'Agence sont une incitation à tous ses membres pour qu'ils agissent de manière responsable pendant toutes les phases des projets d'investissement. Cette spécificité confère à l'Agence un fort caractère distinctif par rapport à d'autres solutions d'assurance des investissements au niveau national<sup>213</sup>.

La seconde fonction de l'Agence est la promotion d'investissements. L'Article 1(b) prévoit que « [...] L'Agence [...] contribue par des activités complémentaires appropriées à promouvoir les flux d'investissements vers et entre les Etats membres en développement [...] ». La Convention détermine aussi les moyens pour y parvenir. « Selon les dispositions de l'Article 23, l'Agence a vocation à promouvoir les investissements privés étrangers dans les pays en développement à travers les activités de recherche, de diffusion des renseignements sur les possibilités d'investissement, d'assistance technique, de conseil. L'activité de conseil de l'Agence pourra porter par exemple sur la rédaction des codes d'investissements ou encore sur la révision des programmes d'incitation aux investissements<sup>214</sup>.

En ce qui concerne le règlement des différends, la Convention donne à l'Agence la compétence pour traiter les litiges. A l'apparition d'un conflit, le Comité des directeurs l'analyse et en fait la présentation au Conseil des gouverneurs. Ensuite, intervient une procédure interne à l'Agence, qui comporte une demande de conciliation entre les parties.

En cas d'échec de cette phase conciliatoire, une instance juridique internationale est saisie. L'arbitrage est alors effectué en conformité avec les normes juridiques de référence stipulées dans le contrat<sup>215</sup>, qui sont souvent celles du CIRDI.

---

<sup>213</sup> BAKER C.J.(2000) – op.cit.p.128

<sup>214</sup> VOSS J. – op.cit.p.41

<sup>215</sup> SHIHATA I. (1986) – op.cit.p.332

## **B. Les instruments issus de l'OMC**

Parmi les instruments issus de l'OMC on examinera d'abord un accord qui traite exclusivement des investissements étrangers : l'Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) (1). Il existe aussi d'autres accords qui traitent allusivement des investissements, sous l'angle du commerce de marchandises et des services. Il s'agit de l'Accord général sur le commerce et les services (AGCS)(2), l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)(3) et l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC)(4).

### **1. L'accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)**

Cet accord fait partie des accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, insérés à l'Annexe I A des Accords de Marrakech constitutifs de l'OMC. Il constitue l'une des originalités marquantes du nouveau « système OMC »<sup>216</sup>. Il a vocation à faire face à la pratique courante de nombreux pays qui conditionnent l'admission des investissements étrangers à la réalisation d'objectifs commerciaux précis, ce qui a été couramment qualifié d'obligation de résultats, condition qui a des effets semblables aux restrictions quantitatives<sup>217</sup>.

Comme tous les accords régissant le commerce mondial, l'un des buts qu'il poursuit est « de promouvoir l'expansion et la libéralisation progressive du commerce mondial ». Il se singularise par le fait qu'il cherche à « faciliter les investissements à travers les frontières internationales de manière à intensifier la croissance économique des

---

<sup>216</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.65

<sup>217</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – op.cit.p.171

tous les partenaires commerciaux<sup>218</sup>, en tenant compte du niveau de développement économique de chacun d'eux.

Pour estimer l'influence de l'Accord sur le droit international des investissements, il faut examiner d'abord ses dispositions principales (1.1), pour déceler ensuite ses limites (1.2).

### *1.1 Les dispositions principales*

Il faut remarquer en premier lieu que le préambule de l'Accord fait une distinction entre les pays développés et les pays en développement, voire les pays moins avancés, qui ont chacun des besoins particuliers dans le domaine du commerce, du développement et des finances. Dans cet esprit, il est précisé dans le préambule que l'intensification de la croissance économique ne pourra se réaliser que sur la base d'une libre concurrence.

Compte tenu du degré de développement de certains partenaires économiques et du fait reconnu que certaines mesures concernant les investissements peuvent avoir des effets de restriction et de distorsion des échanges, l'accord n'a pas l'ambition de régir toutes les mesures, car les pays « conservent leur droit souverain de réglementer l'investissement étranger direct dès lors qu'il n'y a pas violation de l'Accord sur les MIC<sup>219</sup> ».

Tel qu'il apparaît dans l'article 1<sup>er</sup>, le champ d'application de l'Accord est relativement restreint : « Le présent Accord s'appliquera uniquement aux mesures concernant les investissements qui sont liées

---

<sup>218</sup> GATT – *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle Uruguay*, Genève, 1994, p.172

<sup>219</sup> CNUCED – *Accords internationaux d'investissement : concepts autorisant une certaine flexibilité aux fins de promouvoir la croissance et le développement*, Genève, 1999, p.14

au commerce des marchandises<sup>220</sup> ». A l'opposé de la pratique générale, cet accord ne procède nullement à la définition des mesures qu'il est censé régir, mais procède par voie d'illustrations particulières, données à titre indicatif.

En ce qui concerne lesdites mesures, selon l'opinion des professeurs Juillard et Carreau, « il faut bien évidemment entendre mesure interne, c'est-à-dire mesure prise par un Membre, donc par un Etat contractant, agissant isolément dans le cadre de son ordre interne<sup>221</sup> ».

L'Annexe à l'Accord fournit des précisions intéressantes concernant ces mesures destinées à produire des effets de droit, « qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou des décisions administratives », et d'autre part, les mesures « auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage<sup>222</sup> ».

Le MIC se propose d'assurer le respect de deux principes fondamentaux du système commercial international (article 2) : le principe du traitement national (Article III du GATT) et le principe de l'élimination des restrictions quantitatives (l'Article XI du GATT) : « aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatibles avec les dispositions de l'Article III ou de l'Article XI du GATT<sup>223</sup> ». En ce sens l'Accord fournit une liste indicative qui se subdivise donc en deux éléments, qui comportent :

- Deux mesures considérées comme incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national ;

---

<sup>220</sup> OMC – *The Multilateral Trade Framework for the 21th Century*, Washington D.C., 1996, p.439

<sup>221</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – *Droit international économique*, 4è Ed., 1998, p.176

<sup>222</sup> FLORY T. – *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, p.134

<sup>223</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.18



- Trois mesures jugées incompatibles avec l'obligation de procéder à l'élimination générale des restrictions quantitatives.

Cette liste a fait l'objet de critiques car parmi les mesures citées ne figure aucune des mesures imposées aux entreprises pour respecter certaines exigences quantitatives, de volume ou en valeur, eu égard à leurs exportations.

Des exceptions sont visées à l'article 3, qui précise que « toutes les exceptions prévues dans le GATT de 1994 s'appliqueront, selon qu'il sera approprié, aux dispositions du présent accord<sup>224</sup> ». Il s'agit des exceptions issues de l'article XX (exceptions générales) telles que la moralité publique, la protection de la santé, et de l'article XXI (exceptions concernant la sécurité).

Des dérogations sont notifiées à l'article 4, qui permettent aux « seuls Membres qui répondent à la qualification de pays en développement la faculté de déroger temporairement aux dispositions de l'Article 2 dans la mesure et de la manière prévues par l'Article XVIII du GATT de 1994, le Mémoire d'accord concernant les dispositions de l'Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la balance des paiements, et la Déclaration de 1979 relative aux mesures commerciales prises à des fins de balance des paiements, permettant à un Membre de déroger aux dispositions des Articles III et XI du GATT de 1994<sup>225</sup> ».

De façon générale, les pays en développement sont confrontés à des problèmes de balance des paiements, et le but de cet article est de leur permettre d'édicter provisoirement des MIC, en faisant en sorte que les restrictions qu'apportent ces mesures à la liberté du commerce international n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour remédier à la dégradation de leur balance des paiements.

---

<sup>224</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D.(1998) – op.cit.p.180

<sup>225</sup> OMC (1996) – op.cit.p.443

Les MIC devront être éradiquées (article 5), et l'Accord mentionne trois sortes de prescriptions conventionnelles : la notification, la consolidation et l'élimination. Le processus d'élimination varie selon les pays membres, en fonction surtout de leur différence de situation économique. Ainsi, le délai est de deux ans pour un pays développé, de cinq ans pour un pays en développement et de sept ans pour un Etat appartenant au groupe des pays moins avancé (article 5(2)). L'Accord prévoit l'institution d'un Comité des MIC qui est ouvert à tous les membres de l'OMC<sup>226</sup>. Le Comité est un organe d'assistance et de surveillance (article 7) qui exerce des attributions confiées par le Conseil du commerce des marchandises et qui surveille le fonctionnement de l'accord, mais il n'a aucune attribution en matière de règlement des différends nés de l'interprétation et de l'application de l'Accord.

Dans son dernier article, l'Accord prévoit l'examen par le Conseil du commerce de marchandises, dans les cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, pour déterminer s'il convient de compléter l'Accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence<sup>227</sup>. Lors de la dernière conférence de l'OMC l'examen de cette éventualité a été repoussé à une date indéterminée.

### *1.2. Les limites de l'Accord sur les MIC*

Bien que l'Accord sur le MIC constitue une première approche pour établir des liens entre la libéralisation du commerce et les investissements, il a un champ d'application et une portée limités.

D'abord, il ne concerne qu'un petit nombre d'actes unilatéraux que sont susceptibles de prendre les Etats en matière d'investissements<sup>228</sup>. Ensuite, il ne porte que sur les mesures relatives aux investissements liés au commerce des marchandises, ce qui signifie

---

<sup>226</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.15

<sup>227</sup> FLORY T. – op.cit.p.136

<sup>228</sup> CNUCED – op.cit.p15

que les mesures concernant les investissements et liées au commerce des services se trouvent exclues du champ d'application de l'Accord.

De la même manière, « contrairement à quelques autres accords sur l'investissement, l'Accord sur les MIC n'a pas pour objet d'énoncer un ensemble détaillé de disciplines concernant des prescriptions de résultats imposées par des gouvernements aux entreprises, mais vise uniquement les prescriptions de résultats qui sont contraires aux règles du GATT régissant le commerce de marchandises<sup>229</sup> ».

Aussi, l'accord ne traite pas des prescriptions relatives aux licences, au transfert de technologie, à la fabrication et à l'exportation, ni des prescriptions pratiquées par les Etats dans le domaine général de l'investissement direct étranger. Pour ces raisons et désirant poursuivre l'identification des problèmes, le Secrétariat de l'OMC a publié en 1996 un Rapport sur le commerce et l'investissement direct étranger<sup>230</sup>, qui a conclu « qu'il est possible et souhaitable de renforcer les avantages de la libéralisation du commerce en ouvrant l'investissement à la participation étrangère et en engageant un processus complémentaire de réforme des réglementations intérieures<sup>231</sup> ».

Dans cette optique, la Déclaration ministérielle de Singapour de décembre 1996, aux termes de son paragraphe 20, a établi un groupe de travail « chargé d'examiner les liens entre commerce et investissement ».

Néanmoins, cet accord peut être envisagé comme une étape vers une internationalisation du droit des investissements internationaux, car il n'en reste pas moins qu'une adaptation de l'accord serait nécessaire en vue d'une utilisation plus large et plus réaliste.

---

<sup>229</sup> KOULEN M. – « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, SFDI, Ed.Pedone, Paris, 1998, p.104

<sup>230</sup> OMC – *Rapport annuel 1996*, p.52

<sup>231</sup> OMC (1996) – op.cit.p.59

## 2. L'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS)

Il fait partie des accords commerciaux multilatéraux de nature contraignante pour tous les membres de l'OMC. A ce titre, il « apparaît comme l'une des composantes essentielles du « système commercial multilatéral intégré » mis sur pied par l'Acte Final de Marrakech du 15 avril 1994 et dont le « cadre institutionnel commun » est constitué par l'OMC<sup>232</sup> ». La question des investissements directs étrangers n'est abordée que de manière indirecte dans cet accord, mais les règles qu'il met en place doivent néanmoins être prises en compte.

Comme les accords relatifs aux marchandises, l'AGCS fonctionne sur trois niveaux : le texte principal énonce les obligations et les principes généraux, tandis que les annexes contiennent les règles applicables aux différents secteurs ainsi que les engagements spécifiques contractés par les différents pays en vue d'assurer l'accès à leur marché<sup>233</sup>.

Contrairement aux accords sur les marchandises, l'AGCS a un quatrième élément particulier qui réside dans les listes indiquant les cas dans lesquels les pays renoncent provisoirement à l'application du principe de non-discrimination, donc à l'application de la clause de la « nation la plus favorisée ». Ces engagements font partie intégrante de l'Accord. Il en va de même des retraits temporaires du traitement de la nation la plus favorisée.

Sans faire une analyse détaillée de l'accord, il faut examiner les éléments en rapport avec les investissements parmi ses dispositions principales (2.1) et ses particularités (2.2).

---

<sup>232</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – op.cit.p.338

<sup>233</sup> OMC – *Un commerce ouvert sur l'avenir*, 2<sup>e</sup> édition, Genève, 1998, p.28

## *2.1 Les dispositions principales*

Les 29 articles de l'AGCS visent tous des secteurs de services. Ils énoncent des obligations générales dont tous les membres doivent s'acquitter.

Le préambule de l'AGCS comporte des similitudes avec l'Accord sur les MIC, dans le sens où il procède aussi à une distinction entre les pays, d'une part en fonction de leur degré de développement, mais aussi en fonction des réglementations juridiques nationales existantes et des difficultés économiques. L'esprit de l'OMC est d'encourager la libéralisation progressive du commerce des services, mais sans faire mention du domaine de l'investissement<sup>234</sup>. Pourtant, on pourrait déceler des dispositions qui ont un impact sur les investissements directs étrangers. Il s'agit de la définition de la notion de commerce des services, qui est présente dans deux parties de l'Accord : la Partie I, qui concerne « la portée et la définition », et la partie VI qui concerne les « dispositions finales ».

Dans l'article 1 de l'accord, la définition présente le commerce des services en tant que fourniture des services. Il y est question de quatre modalités : la fourniture transfrontières (a et b), la présence commerciale (c) et la circulation des personnes physiques (d)<sup>235</sup>. Ainsi, aux paragraphes (c) et (d) est mentionnée « la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre », et « la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence des personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre ».

Ensuite, dans la Partie VI concernant « les dispositions finales », à l'article XXVIII (d) est explicitée l'expression « présence commerciale »

---

<sup>234</sup> OMC(1998) – op.cit.p.28

<sup>235</sup> OMC(1998) – op.cit.p.29

qui « s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme :

- de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale ;
- de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service<sup>236</sup> ».

On peut constater en l'occurrence la ressemblance aux formes d'investissement généralement retenues dans les différents accords régissant les investissements directs étrangers.

L'accord définit également l'expression « personne morale » dans le cadre de la présence commerciale, à l'article XXVIII (I), qui correspond à « toute entité juridique, dûment constituée ou autrement organisée conformément à la législation applicable, à des fins lucratives ou non, et détenue par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, société de fiducie (*trust*), association (*partnership*), coentreprise ou entreprise individuelle ».

De nouveau, malgré l'expression « présence commerciale », il n'est nulle part fait mention du terme investissement, mais pour certains auteurs cette approche atteste que les investissements y sont intégrés<sup>237</sup>.

On ne peut cependant pas dissocier la notion de « présence commerciale » de celle de « présence physique », ce qui signifie que l'AGCS traite implicitement du mouvement des personnes appartenant aux pays membres. Selon la CNUCED, la notion de présence

---

<sup>236</sup> GATT (1994) – op.cit.p.183

<sup>237</sup> KOULEN M. – « Cette intégration conceptuelle du commerce et de l'investissement direct étranger dans l'AGCS est le reflet d'une réalité économique, à savoir qu'il est souvent impossible de fournir de nombreux services à des clients étrangers si le fournisseur n'est pas physiquement présent. », op.cit.p.102

commerciale « témoigne du désir des pays d'attirer des investissements plutôt que de bénéficier des services fournis à partir de l'étranger<sup>238</sup> ».

Dans la suite de son texte, l'accord emprunte des termes usités dans les accords internationaux régissant les investissements directs étrangers et le commerce. C'est le cas du principe de non-discrimination, le traitement national et le traitement NPF, de l'accès au marché, du paiement et des transferts, des restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements, et enfin du règlement des différends et de l'exécution des obligations.

L'Article II intitulé « *traitement de la nation la plus favorisée* » prévoit qu'un traitement non moins favorable sera accordé « immédiatement et sans condition aux services et aux fournisseurs de services de tout autre Membre (...) que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ». En d'autres termes, l'Accord assure l'égalité de traitement entre les pays Membres dans la mesure où ils sont dans des situations similaires. Il y a lieu d'observer que l'application immédiate et inconditionnelle des mesures de l'AGCS est ainsi tempérée.

L'article II (a) prévoit que le traitement NPF pourra faire défaut dès lors que le pays Membre aura fait figurer la mesure incompatible à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'Article II. Toutefois, il faut préciser que les exemptions sont temporaires, et qu'elles doivent faire l'objet d'un réexamen multilatéral.

Avec des effets identiques aux exemptions, l'article II (3) précise qu'il n'est pas interdit pour un pays Membre « de conférer ou d'accorder des avantages », dans le cadre des accords d'intégration économique sous certaines conditions. Ainsi faut-il « que ces pays soient limitrophes, que ces avantages servent à faciliter les échanges, que ces

---

<sup>238</sup> CNUCED (1996) – op.cit. : Chapitre III - *Extension des disciplines multilatérales*, vol.III, p.48

avantages ne concernent que des services produits localement et consommés localement<sup>239</sup> ».

Le traitement NPF fait partie des obligations et disciplines générales, mais l'Accord a une partie intitulée « engagements spécifiques », et certains articles compris dans les obligations générales s'appliqueront aussi dans les autres parties de l'Accord<sup>240</sup>.

La question du *traitement national* est également abordée. La Partie III intitulée « engagements spécifiques », en son article XVII, circonscrit l'emploi de ce principe dans le domaine des services. L'application du traitement national est soumise au contenu des conditions et des restrictions indiquées dans les Listes d'engagements spécifiques par pays Membres. Il est prévu que les pays Membres accorderont « aux services et aux fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires<sup>241</sup> ».

Dans le cadre des « engagement spécifiques », chaque pays Membre pourra accorder un traitement formellement identique ou un traitement formellement différent<sup>242</sup>. Ainsi, « on peut penser, sans risque de se tromper, que les discriminations entre fournisseurs étrangers et nationaux sont implicitement admises<sup>243</sup> ». Cependant, le traitement sera défavorable aux autres pays Membres « s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires de tout autre Membre<sup>244</sup> ».

---

<sup>239</sup> CIABRINI S. – *Les services dans le commerce international*, Coll. Que sais-je ?, PUF, Paris, 1996, p.57

<sup>240</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – op.cit.p.349 : « Cette clause gouverne l'application des « engagements spécifiques » souscrits par les Membres (article XVI.1) ainsi que l'octroi de compensation en cas de modification des listes (article XXI.2b) »

<sup>241</sup> Article XVII (1)

<sup>242</sup> Article XVII (2)

<sup>243</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – op.cit.p.363

<sup>244</sup> Article XVII (3)



Contrairement au traitement NPF qui s'applique immédiatement et inconditionnellement, le traitement national est dépendant des législations locales. L'accès aux marchés dépend du pouvoir discrétionnaire de chaque Etat Membre.

Aucune règle ne vient imposer à l'Etat une obligation systématique d'ouverture de ses marchés. En effet c'est en fonction des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste que l'accès aux marchés sera déterminé<sup>245</sup>. Les engagements contractés par les différents pays concernant l'ouverture et le degré d'ouverture des marchés, dans des secteurs spécifiques, sont le résultat de négociations. Ils sont donc repris dans les Listes qui énumèrent les secteurs promis à l'ouverture, le degré d'accès au marché accordé dans ces secteurs (les restrictions à la participation étrangère étant indiquées, le cas échéant), et les limitations éventuelles du traitement national (lorsque certains droits sont accordés à des sociétés locales mais non aux sociétés étrangères).

Les engagements sont consolidés, et ils ne peuvent être modifiés ou retirés qu'après des négociations avec des pays affectés, qui aboutiraient probablement à une compensation. Du fait qu'il est difficile de les « déconsolider », les engagements constituent, pour ainsi dire, la garantie des conditions d'activité des exportateurs étrangers et des importateurs de services ainsi que des investisseurs dans ce secteur<sup>246</sup>. Dans le cas des services transfrontières ou en ce qui concerne la présence commerciale, les Etats devront tenir compte des mouvements de capitaux dès lors que ces mouvements seront une partie essentielle du service<sup>247</sup>. En l'absence d'une spécification dans la Liste d'un Membre, ce dernier se verra interdire la possibilité de procéder à certaines limitations quantitatives et certaines limitations relatives au

---

<sup>245</sup> Article XVI (1)

<sup>246</sup> OMC (1998) – op.cit.p.29

<sup>247</sup> Article XVI (1)

CIABRINI S. – op.cit.p.59 : « Dans le cas où le service connexe ou le service principal constitue une partie essentielle de ce dernier, la partie qui s'est engagée pour le service principal s'engage aussi pour le service connexe en lui permettant l'accès au marché. »

mode de fourniture de service par une présence commerciale. Ainsi, l'Etat ne pourra maintenir ou ne pourra adopter des mesures relatives aux limitations concernant : le nombre de fournisseurs de services, la valeur totale des transactions, le nombre total d'opérations de service, le nombre total de personnes physiques. Ces limitations sont d'avantage d'ordre quantitatif que qualitatif<sup>248</sup>.

Les autres interdictions relèvent de mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entités juridiques utilisées pour la fourniture d'un service. Elles touchent également les « limitations concernant la participation du capital étranger exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale des investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux. »

C'est dans ce paragraphe qu'il est fait mention de l'investissement étranger. Ainsi, par le biais du commerce des services, un Etat membre de l'OMC se retrouve dans la position de réglementer ou non le régime des investissements directs étrangers sur son territoire.

Il faut mentionner de même que la structure et le contenu des articles traitant des exceptions dans l'AGCS sont quasi identiques à celle que l'on retrouve dans le GATT 1994. Elles ont pour idée directrice d'éviter de prendre des mesures qui puissent être un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays dans lesquels existent des conditions similaires<sup>249</sup>.

Comme dans les autres instruments destinés aux investissements directs étrangers, en ce qui concerne les paiements et les transferts, le principe est celui de la liberté. Une fois qu'un gouvernement s'est engagé à ouvrir un secteur de services à la concurrence étrangère, il ne doit pas en principe restreindre les transferts à l'étranger au titre du paiement des services rendus (« transactions courantes ») dans ce même

---

<sup>248</sup> Article XVI (2)

<sup>249</sup> Article XIV

secteur<sup>250</sup>. Seule exception prévue, des restrictions peuvent être appliquées lorsque le pays a des difficultés de balance des paiements, mais même dans ce cas, elles doivent être temporaires et sont assujetties à d'autres limites et conditions.

Le non respect des engagements spécifiques contractés ou la violation des obligations de l'Accord entraîne la saisine du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends<sup>251</sup>.

Une attention particulière est accordée, dans l'Accord, aux *services financiers*, définis à l'article 5 comme « tout service de caractère financier offert par un fournisseur de services<sup>252</sup> ». A leur égard sont retenus les quatre modes de fourniture. Toutefois, les règles de l'Annexe sont inopérantes dès qu'il s'agit des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sur le système financier, tels que les services fournis par les banques centrales<sup>253</sup>. Une précision importante est faite sur l'expression « fournisseur de services financiers » qui n'englobe pas une entité publique. L'Annexe sur les services financiers contient des règles qui sont assez singulières. Comme l'instabilité du système bancaire porte atteinte à l'ensemble de l'économie, aux termes de l'Annexe sur les services financiers, les gouvernements ont le droit de prendre des mesures prudentielles, par exemple, pour protéger les investisseurs, les déposants et les titulaires de polices d'assurance, et pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier.

Cependant, il ne faudrait pas que ces mesures se révèlent être « un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord<sup>254</sup> », car l'objectif des négociateurs de l'Accord était de privilégier une concurrence saine et un traitement équitable<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> OMC (1998) – op.cit.p.29

<sup>251</sup> Article XXIII

<sup>252</sup> « Les services financiers comprennent tous les services d'assurance et services connexes et tous les services bancaires et autres services financiers, à l'exclusion de l'assurance. »

<sup>253</sup> OMC (1998) – op.cit.p.30

<sup>254</sup> Article 2 (a)

<sup>255</sup> FLORY T. – op.cit.p.136

En ce qui concerne le *Mémoire d'accord* sur les engagements relatifs aux services financiers, composé de quatre parties, il précise aux pays membres l'impossibilité de modifier ultérieurement leur législation ou leur réglementation. Dans sa deuxième partie, il est question de l'accès aux marchés à travers des éléments comme les droits monopolistiques, les services financiers achetés par des entités publiques, le commerce transfrontières, la présence commerciale, les nouveaux services financiers, les transferts et traitement des informations, l'admission du personnel et les mesures discriminatoires.

Il pose le principe de la libre présence commerciale puisque : « chaque membre accordera aux fournisseurs de services financiers de tout autre membre le droit d'établir ou d'accroître sur son territoire, y compris par l'acquisition d'entreprises existantes, une présence commerciale ». Toutefois, ce principe supporte une réserve. En effet, un membre pourra prévoir des conditions pour autoriser ou non l'établissement et l'accroissement d'une présence commerciale dès lors que ces conditions n'auront pas un effet de « contournement » des obligations de l'Accord. Enfin en ce qui concerne la détermination et l'admission temporaire de personnel, il s'agit en fait uniquement d'admettre du personnel clé qui dépend donc de l'établissement ou non d'une présence commerciale.

## *2.2. Les particularités de l'AGCS*

Cet Accord apparaît atypique dans la mesure où il combine deux techniques de libéralisation législative<sup>256</sup> : celle de la « liste positive » et celle de la « liste négative ». Cette approche hybride se traduit par une énumération positive des secteurs soumis aux règles de l'accord et par

---

<sup>256</sup> OMC – *Commerce et Investissements directs étrangers*, Rapport annuel, Genève, 1996, p.83

une énumération négative des limitations concernant l'accès aux marchés et du traitement national<sup>257</sup>.

L'AGCS ne contient pas toutes les rubriques retrouvées généralement dans les différents instruments juridiques régissant les investissements. Seul le traitement de la nation la plus favorisée, qui est applicable immédiatement et sans condition, figure expressément comme une mesure relative aux investissements étrangers. Comme nous avons vu, le traitement national connaît un sort différent : il est octroyé aux autres membres de l'Accord que s'il est sur la « liste négative » des engagements spécifiques. Il y a lieu d'observer en outre que les mesures protectrices des investissements ne sont pas traitées explicitement dans cet accord. De la même manière, il n'entrevoit pas un mode de règlement complémentaire des différends intégrant les investisseurs privés<sup>258</sup>.

Il pèse sur les Membres une *obligation de transparence*. D'après l'AGCS, les gouvernements doivent publier toutes les lois et réglementations pertinentes. Ceux-ci avaient un délai de deux ans (jusqu'à la fin 1997) pour créer des points d'information dans leurs administrations. Les sociétés et les gouvernements étrangers peuvent alors s'adresser à ces points d'information pour se renseigner sur les législations régissant tel ou tel secteur des services. Les gouvernements doivent aussi notifier à l'OMC tout changement apporté aux réglementations applicables aux services visés par des engagements spécifiques<sup>259</sup>.

Les réglementations intérieures étant le principal moyen d'exercer une influence ou un contrôle sur le commerce des services, l'accord dispose que les gouvernements doivent réglementer les services d'une

---

<sup>257</sup> GANESAN V.- « Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options », *Transnational Corporations*, vol.7, no.2, 1997, p.30

<sup>258</sup> OMC Rapport 1996 – op.cit.p.83

<sup>259</sup> OMC (1998) – op.cit.p.29

manière raisonnable, objective et impartiale. Et lorsqu'un gouvernement prend une décision administrative qui affecte un service, il doit aussi instituer un moyen impartial d'obtenir la révision de la décision (par exemple un tribunal).

Lorsque deux gouvernements (ou plus) ont conclu des accords sur la reconnaissance mutuelle de leurs systèmes de qualifications (par exemple pour la délivrance de licences ou de certificats aux fournisseurs de services), ils doivent, d'après l'AGCS, ménager aux autres membres la possibilité de négocier des arrangements comparables. « La reconnaissance des systèmes de qualification d'autres pays ne doit pas être discriminatoire ni équivaloir à un protectionnisme déguisé<sup>260</sup> ». Les accords de reconnaissance doivent être notifiés à l'OMC.

En conclusion il faut remarquer que l'AGCS est un accord multilatéral contraignant et obligatoire. Il peut être utilisé par les gouvernements, si telle est leur volonté, pour attirer l'investissement étranger dans les secteurs qui en ont besoin.

Il garantit la stabilité des politiques dirigées vers les investisseurs potentiels, mais ne comporte aucune obligation de prendre des engagements. Il permet par ailleurs aux gouvernements d'imposer aux fournisseurs étrangers de services toutes les conditions qu'ils souhaitent, y compris celles qui ont trait à l'emploi de personnel local ou au transfert de technologie.

---

<sup>260</sup> OMC (1998) – op.cit.p.29

### 3. L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

L'ADPIC, contrairement aux Accords examinés précédemment, ne contient aucune mesure qui traite de l'investissement direct étranger. On lui accordera ici une attention succincte car nous avons vu que certains codes d'investissement intègrent la notion de propriété intellectuelle dans la définition même de l'investissement. Il en est de même pour les traités bilatéraux. En d'autres termes, pour certains accords internationaux, « la définition du terme investissement englobe la propriété intellectuelle<sup>261</sup> ».

Les idées et les connaissances font partie désormais du commerce mondial. Les créateurs, au sens le plus large du terme, peuvent obtenir le droit d'empêcher que d'autres utilisent leurs créations, qu'il s'agisse d'inventions, de dessins, de modèles ou autres. Le degré de protection et de respect de ces droits variait beaucoup d'un pays à l'autre, et ces différences sont devenues une source de tension dans les relations économiques internationales. L'élaboration de nouvelles règles commerciales internationales pour les droits de propriété intellectuelle est apparue comme un moyen de renforcer l'ordre juridique y afférent et de régler les différends de manière plus systématique<sup>262</sup>.

L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) a pour objet d'atténuer les différences dans la manière dont ces droits sont protégés de par le monde et de soumettre ces droits à des règles internationales communes.

---

<sup>261</sup> KOULEN Mark – « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, SFDI, Ed.Pedone, Paris, 1999, p.105

<sup>262</sup> OMC (1999) – op.cit.p.33

Si au niveau national, il appartient à tout Etat d'exercer ses prérogatives de souveraineté en légiférant sur les droits de propriété intellectuelle, au niveau international la gestion de la propriété intellectuelle relève de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), institution spécialisée des Nations Unies. Cette organisation administre plusieurs conventions internationales relatives à la propriété intellectuelle mais celles-ci n'ont pas été signées par tous les pays, ce qui permet à certains Etats membres de l'OMC d'en écarter l'application à leur égard. C'est en partant de ce constat que les négociations de l'Uruguay Round ont abouti à l'ADPIC comme cadre juridique multilatéral applicable à l'ensemble des Etats membres.

Une meilleure compréhension de l'ADPIC suppose le bref examen de ses dispositions générales (3.1) et de ses spécificités (3.2).

### *3.1 Les dispositions générales*

L'Accord ADPIC consacre un progrès considérable de la règle de droit dans le domaine de la propriété intellectuelle : il pose le principe de la reconnaissance de droits privés aux opérateurs économiques, leur conférant ainsi le statut de sujets de droit à part entière<sup>263</sup>.

L'Accord porte sur cinq éléments essentiels :

- Assurer l'applicabilité des principes fondamentaux du système commercial et des autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle ;
- assurer la protection adéquate des droits de propriété intellectuelle ;
- faire respecter ces droits par tous les pays membres ;
- régler les différends concernant les droits de propriété intellectuelle ;

---

<sup>263</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.203



- assurer l'applicabilité des arrangements transitoires spéciaux, pour une période limitée à la mise en place du nouveau système.

L'Accord ne définit pas une seule fois le concept de propriété intellectuelle. Cependant cette définition existe, car selon l'OMC « les droits de propriété intellectuelle sont des droits accordés aux personnes sur leurs créations intellectuelles. Ils confèrent généralement au créateur un droit exclusif sur l'utilisation de sa création pendant un certain laps de temps<sup>264</sup> ».

Comme dans le GATT et l'AGCS, le point de départ de l'Accord est constitué par les principes fondamentaux. L'accent est mis sur la non-discrimination : traitement national (égalité de traitement pour les ressortissants et les étrangers), et la clause de la nation la plus favorisée (égalité de traitement pour les ressortissants de tous les partenaires commerciaux à l'OMC).

Le traitement national est aussi un principe clé figurant dans d'autres accords sur la propriété intellectuelle adoptés à l'extérieur de l'OMC<sup>265</sup>. Les dispositions de l'Accord constituent un ensemble de règles qui assurent une protection minimale aux ressortissants des Etats membres dans l'ordre juridique de chaque Etat membre. En d'autres termes, en vertu de cet Accord, chaque membre de l'OMC est tenu d'accorder, sur son territoire, protection à la propriété intellectuelle des ressortissants des autres membres. L'originalité de l'Accord est de laisser à chaque Etat membre toute latitude pour déterminer la méthode appropriée afin de mettre en œuvre ses dispositions. « Les membres sont liés quant au résultat, mais sont libres, quant à la forme et aux moyens<sup>266</sup> ».

---

<sup>264</sup> OMC : Propriété intellectuelle : [www.wto.org/wto/french/intellef1.html](http://www.wto.org/wto/french/intellef1.html)

<sup>265</sup> OMC (1999) – op.cit.p.34

<sup>266</sup> BOVAL B. – « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », dans SFDI - Colloque sur *La réorganisation des échanges mondiaux*, 1996, p.139

La deuxième partie de l'Accord porte sur différents types de droits de propriété intellectuelle et sur la manière de les protéger : « Il s'agit de faire en sorte que des normes de protection appropriées existent dans tous les pays membres<sup>267</sup> ». Le cadre de référence est constitué par les obligations énoncées dans les principaux accords internationaux de l'OMPI antérieurs à la création de l'OMC, notamment la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

De ce fait, chaque membre est tenu d'accorder aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants. Cette clause est assortie d'exceptions identiques à celles figurant déjà dans les Conventions internationales préexistantes.

La définition de la protection est très large. Elle englobe « l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter, ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont l'Accord traite expressément<sup>268</sup> ».

En outre, cette clause a un objet différent de celui de l'article III du GATT, car elle ne s'applique pas seulement aux biens mais également aux « ressortissants ». Elle vise ainsi à protéger les titulaires des droits et à permettre aux personnes physiques et morales de bénéficier d'un droit à un traitement égal de commercialisation des œuvres entre celles importées et celles créées par les nationaux. Elle s'oppose ainsi à ce qu'un Etat tente d'empêcher la pénétration d'une œuvre « aux fins de préserver des intérêts économiques<sup>269</sup> ».

Dans le cadre du traitement de la nation la plus favorisée, l'article 4 mentionne l'application immédiate et inconditionnelle d'un traitement

---

<sup>267</sup> OMC (1999) – op.cit.p.34

<sup>268</sup> Article 3.1 note 3

<sup>269</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.211

privilegié accordé par un membre à tous les autres membres de l'OMC. Ce principe s'inscrit dans la même démarche que la clause du traitement national puisqu'il vise également la protection et l'exercice des droits de la propriété intellectuelle.

L'inclusion du traitement de la clause NPF « est une innovation dans le domaine de la propriété intellectuelle, au moins sur un plan multilatéral<sup>270</sup> ». En transposant dans le domaine de la propriété intellectuelle l'article I du GATT marchandises, la clause de la nation la plus favorisée « vise également à empêcher que les avantages résultants de l'accord puissent être annulés par des arrangements bilatéraux<sup>271</sup> ». Aussi, l'application de ce principe est assortie d'un certain nombre d'exceptions qui relèvent soit des conventions internationales préexistantes, soit des droits de propriété spécifiques tel que celui des artistes interprètes ou exécutants.

L'Accord ne traite pas de la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. Il appartient à chaque Etat d'établir la durée minimale de l'exclusivité des droits de propriété intellectuelle. Les législations nationales ne devront pas être incompatibles avec les dispositions de l'Accord, mais les mesures à prendre sont laissées à la discrétion de chaque Etat membre. Les pays développés disposaient d'un délai d'un an (à partir du janvier 1995) pour rendre leurs législations et pratiques conformes à l'Accord, tandis que les pays en développement et (sous certaines conditions) les pays en transition, disposaient d'une période de 5 ans. Pour les pays les moins avancés le délai était de onze ans.

L'ADPIC a relevé sept catégories de droits appartenant à la propriété intellectuelle et pour lesquels il a ajouté des protections supplémentaires à celles déjà inscrites dans les conventions

---

<sup>270</sup> BOVAL B. – op.cit.p.139

<sup>271</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.213

internationales existantes. Ces catégories peuvent être regroupées dans deux grands ensembles de droits : le droit d'auteur (et droits connexes) et la propriété industrielle.

Dans la troisième partie de l'Accord sont abordés les moyens de faire respecter les droits. En substance, les législations nationales devront comporter des procédures destinées à accompagner efficacement une action contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord. De plus des mesures correctives rapides sont prévues pour prévenir toute atteinte à ces droits ainsi que des mesures correctives de dissuasion<sup>272</sup>. Cet arsenal joue un rôle important dans la protection des investisseurs. Les procédures appliquées doivent être loyales et équitables et ne pas être inutilement complexes ou coûteuses<sup>273</sup>. Une autre garantie pour les investisseurs émane de la création du Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Ce Conseil est en effet chargé de suivre le fonctionnement de l'Accord en contrôlant si les membres s'acquittent des obligations qui en résultent<sup>274</sup>. Enfin, le règlement des différends interviendra au sein de l'Organe de règlement des différends<sup>275</sup>.

### *3.2. Les spécificités de l'ADPIC*

L'ADPIC ne traite pas directement de la question de l'investissement étranger. Cependant il présente un intérêt certain de par son caractère multilatéral, à travers lequel il concerne de manière indirecte les investissements directs étrangers.

Les projets d'investissements impliquent généralement un transfert de technologie entre une société mère et ses filiales étrangères.

---

<sup>272</sup> Article 41

<sup>273</sup> OMC (1999) – op.cit.p.37

<sup>274</sup> Article 68

<sup>275</sup> Article 64

De ce fait, l'environnement juridique dans lequel les investisseurs vont évoluer devrait leur garantir une protection efficace et adéquate de leurs droits de propriété intellectuelle, notamment des droits de propriété industrielle<sup>276</sup>. En d'autres termes, « une meilleure protection de la propriété intellectuelle est largement considérée comme un élément moteur des politiques d'ouverture économique ainsi que comme moyen de favoriser les investissements directs étrangers et el transfert de technologies<sup>277</sup> ».

L'ADPIC montre à plusieurs reprises qu'il tend vers ce but, car le seul fait d'assurer une protection minimale aux droits de propriété intellectuelle contribue à installer un climat de confiance. Dans le cadre des droits de propriété intellectuelle, la protection a pour but d'encourager l'innovation, la conception et la création technologique<sup>278</sup>. Dans cet esprit, l'Accord a « établi de nouvelles règles sur des questions qui n'avaient pas été résolues à l'OMPI, la principale étant l'acceptation de la brevetabilité de tous les produits dans les domaines technologiques<sup>279</sup> ».

L'intérêt de l'Accord dans le développement des flux d'investissements étrangers réside aussi dans son objectif de « protéger les résultats des investissements réalisés dans la mise au point des technologies nouvelles, de façon à encourager les activités de recherche-développement dans ce domaine et à donner les moyens de les financer<sup>280</sup> ». Les transferts de technologie sont ainsi favorisés par les dispositions de l'Accord.

En général, le régime juridique de la propriété intellectuelle d'un Etat peut influencer fortement le type de technologie transférable par

---

<sup>276</sup> BREWER T. ; YOUNG S. – « The Multilateral Agenda for Foreign Direct Investment : Problems, Principles and Priorities for Negotiations at the OECD and WTO », in *World Competition Law and Economics Review*, vol.18, no.4, 1995, p.75

<sup>277</sup> BOVAL B. – op.cit.p.136

<sup>278</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org) : propriété intellectuelle

<sup>279</sup> CNUCED (1994) – Chapitre III : Extension des disciplines multilatérales, p.50

<sup>280</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org) : propriété intellectuelle

les sociétés multinationales, et « être potentiellement déterminant dans la composition et l'étendue des investissements directs étrangers<sup>281</sup> ». Par conséquent, l'affluence de transferts de technologies ne sera possible que si la protection accordée aux droits de propriété industrielle est importante, efficace et adéquate<sup>282</sup>. L'ADPIC apparaît à cet égard comme un instrument destiné à encourager les entreprises à investir dans les pays en développement et à accorder des licences à des entreprises de ces pays<sup>283</sup>.

C'est en cela que l'ADPIC peut être considéré comme un dispositif d'incitation à l'investissement direct étranger.

#### **4. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires**

De par son objet, cet accord aborde deux notions qui présentent beaucoup d'importance pour l'investissement direct étranger, car du point de vue économique, les subventions et les mesures compensatoires représentent un levier considérable dans l'attraction des investissements.

L'Accord a une double fonction : il soumet à des disciplines le recours à des subventions, et il réglemente les mesures que les pays peuvent prendre pour compenser les effets de subventions. Il apporte ainsi des précisions qui sont de nature à réduire les cas de contentieux. Pour mieux comprendre sa problématique et son impact sur la pratique commerciale, il faut examiner ses dispositions principales (4.1) et ses caractéristiques (4.2).

---

<sup>281</sup> SAUVE P. – « A first look at investment in the final act of Uruguay Round », *Journal of World Trade*, 1994, vol.28, no.5, p.14

<sup>282</sup> OMC (1999) – op.cit.p.37

<sup>283</sup> CNUCED (1996) – op.cit.p.51

#### 4.1 Les dispositions principales

L'Accord s'inspire du Code des subventions du Tokyo Round, mais à la différence de son prédécesseur, il contient une définition des subventions. Il ne condamne pas systématiquement l'existence et la pratique des subventions. Il spécifie dans quelle mesure une subvention serait entachée d'irrégularité vis-à-vis des principes généraux du libre-échange.

De manière substantielle, il faut retenir que la subvention « sera réputée exister s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics » (a (1)) ou « s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XIV du GATT de 1994 (a(2))<sup>284</sup> ». Dans le premier cas l'Accord précise les types de contributions financières concernées : transferts directs de fonds, abandon ou perception de recettes publiques normalement exigibles, fourniture ou achat des biens par les pouvoirs publics, délégation de compétence de l'organisme public à un organisme privé pour effectuer les opérations précitées.

Un second critère constitutif de la définition précise que la subvention doit conférer un avantage. Cet avantage doit être quantifiable, ce qui revient à « exclure les interventions publiques qui s'effectueraient dans les conditions concurrentielles normales de l'économie de marché<sup>285</sup> ». Par conséquent, il ne suffit pas qu'une subvention existe, il faut en outre qu'elle confère un avantage comparatif.<sup>286</sup> Si une subvention n'est pas systématiquement illicite, elle risque néanmoins de porter préjudice aux partenaires commerciaux. C'est pourquoi l'Accord introduit la notion de subventions « spécifiques », d'effets sur le commerce et de préjudice sérieux.

---

<sup>284</sup> OMC – *L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>285</sup> FLORY T. – op.cit.p.109

<sup>286</sup> NYAHOHO E. – *L'arsenal des subventions à l'exportation et l'OMC*, Presses de l'Université de Québec, 1996, p.86

Les subventions spécifiques sont réservées à une entreprise, à une branche de production, à un groupe d'entreprises, ou à un groupe de branches de production dans le pays qui accorde la subvention<sup>287</sup>. Les disciplines énoncées dans l'Accord ne s'appliquent qu'aux subventions spécifiques, qui peuvent être des subventions intérieures ou à l'exportation. En d'autres termes, il y a « spécificité » lorsque « la subvention est limitée expressément ou par des critères objectifs à une entreprise, à un groupe d'entreprises ou à une industrie<sup>288</sup> ».

La spécificité de la subvention déterminera dans quelle mesure on pourra mener une action afin de l'éliminer. Ainsi, « qualifier une subvention de spécifique est important, car une aide publique sera soit frappée d'interdiction, soit ouvrira une possibilité de recours éventuel à des droits compensateurs, c'est-à-dire à une mesure de représailles économique<sup>289</sup> ». Les effets des subventions ne doivent pas causer des préjudices, sous la forme d'effets néfastes sur les échanges commerciaux ou sur les parts de marchés des différents acteurs économiques. Sinon, une action à leur encontre serait justifiée et bien fondée.

L'Accord définit trois catégories de subventions : subventions prohibées, subventions pouvant donner lieu à une action et subventions ne donnant pas lieu à une action. Il s'applique aussi bien aux produits agricoles qu'aux produits industriels, sauf dans le cas où la subvention est conforme à un Accord sur l'agriculture<sup>290</sup>.

En ce qui concerne les mesures compensatoires, il faut rappeler que cette technique est applicable seulement par les parties lésées et par les pays qui apparaissent victimes des subventions. Aussi, par droit compensatoire, il faut entendre « un droit spécial perçu en vue de

---

<sup>287</sup> OMC (1999) – op.cit.p.40

<sup>288</sup> NYAHOHO E. – op.cit.p.86

<sup>289</sup> JUILLARD P. ; CARREAU D. – op.cit.p.255

<sup>290</sup> OMC (1999) – op.cit.p.40



neutraliser toute subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit<sup>291</sup> ».

Il appartient à la partie lésée de procéder à une imposition et au recouvrement de droits compensateurs. Pour cela, elle doit établir l'existence et le montant de la subvention d'une part, et démontrer d'autre part que les importations subventionnées occasionnent un préjudice<sup>292</sup>. Ainsi, l'Accord assure aux pays victimes d'importations subventionnées l'exercice d'une mesure de rétorsion, mais la procédure est longue. C'est pour cette raison que sont prévues des mesures provisoires. En même temps, il ne sera fait usage des droits compensatoires, provisoires ou définitifs, que si des engagements « satisfaisants » ont été souscrits<sup>293</sup>.

#### *4.2. Les caractéristiques de l'Accord*

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires fait partie des « Accords multilatéraux sur le Commerce de marchandises », négociés à l'occasion de l'Uruguay Round, et il possède une valeur juridique obligatoire pour tous les membres de l'OMC.

La principale caractéristique de l'Accord est de permettre l'infléchissement de la prolifération des différents types de subventions dans les pays membres de l'OMC. En même temps, les subventions sont assimilées aux mesures incitatives fournies à des entreprises spécifiques ou à des catégories d'entreprises par un gouvernement dans le but de les encourager à se comporter d'une certaine manière<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> OMC – *L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>292</sup> Article 19

<sup>293</sup> Article 18

<sup>294</sup> CNUCED – *Incentives and Foreign Direct Investment*, United Nations Publications, Genève, 1996d, p.3

Il existe ainsi plusieurs types d'incitations parmi lesquelles : les incitations fiscales, ayant pour objectif principal de réduire la charge de l'impôts des investisseurs étrangers ; les incitations financières qui nécessitent l'octroi de fonds directement aux entreprises pour financer les investissements nouveaux ; des incitations indirectes qui visent à améliorer la rentabilité des filiales étrangères par des mesures non financières<sup>295</sup>. Ces mesures incitatives apparaissent dans différents instruments juridiques régissant les investissements directs étrangers et le commerce mondial, bien que certaines mesures aient pour objectif de promouvoir de manière concrète l'établissement et la promotion des investissements, tandis que d'autres tendent à réduire l'utilisation des incitations et des subventions, comme l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires qui vient d'être examiné.

Les subventions peuvent jouer un rôle important dans les pays en développement et surtout pour les pays en transition. Les pays les moins avancés et les pays en développement dont le revenu par habitant est inférieur à 1000 \$ sont exemptés des disciplines relatives aux subventions à l'exportation prohibées<sup>296</sup>.

### **SECTION III - L'échec d'un cadre multilatéral pour l'investissement : le Projet de texte de l'AMI**

Lors de la Réunion annuelle du Conseil de l'OCDE, les gouvernements des pays membres ont lancé, en mai 1995, les négociations, au niveau des ministres, sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI). Selon le mandat fixé par les gouvernements, l'AMI devait être un « traité international autonome ouvert à tous les

---

<sup>295</sup> CNUCED (1996d) – op.cit.4-6

<sup>296</sup> OMC (1999) – op.cit.p.42

pays Membres de l'OCDE et de la Communauté européenne, ainsi qu'à l'adhésion des pays non membres<sup>297</sup>.

L'objectif assigné était « d'établir pour l'investissement international un large cadre multilatéral comportant des normes élevées de libéralisation des régimes d'investissement et de protection de l'investissement et doté de procédures efficaces de règlement des différends<sup>298</sup> ». Durant une longue période, jusqu'en mai 1998, ont eu lieu des négociations intenses de même que la diffusion de nombreux documents, notamment des projets successifs du texte intégral de l'Accord assortis de commentaires.

Malgré leur bonne volonté, les pays n'ont pas réussi à s'entendre sur une version définitive de l'accord et les négociations ont cessé en décembre 1998.

Trois ans plus tard, le projet d'accord a été soumis à l'approbation des pays membres de l'OCDE, or « C'est à ce moment que certains ont véritablement réalisé l'ampleur de la tâche qu'exigeait un tel accord. La prise en compte des intérêts de chaque membre, l'exploration de nouveaux domaines, la rédaction minutieuse et exacte des articles sont autant de difficultés que les négociateurs devaient surmonter<sup>299</sup> ».

A titre général, les négociations avaient pour objectif de conclure un accord reposant sur le démantèlement, le statu quo, le traitement national, la non discrimination et le régime de la nation la plus favorisée (NPF). Le projet visait également à inclure dans le dispositif de nouvelles disciplines en vue d'améliorer l'accès au marché et à renforcer la confiance mutuelle entre les entreprises et les Etats. Les obligations de libéralisation devaient être complétées par des dispositions en

---

<sup>297</sup> OCDE – [www.oecd.org/daf/mai/indexf.htm](http://www.oecd.org/daf/mai/indexf.htm)

<sup>298</sup> OCDE – *Grandes lignes de l'Accord Multilatéral sur l'investissement*, « Note du Président », avril 1998, p.13

<sup>299</sup> JUILARD P. – « A propos du décès de l'AMI », *AFDI*, 1998, p.599

matière de protection des investissements. Les obligations définies dans l'accord devaient enfin s'appuyer sur un mécanisme efficace de règlement des différends.

Comme il s'inspirait des instruments juridiques existants, les *principales dispositions* de l'AMI étaient similaires aux dispositions retrouvées dans les autres instruments (code d'investissement, traités bilatéraux, accords régionaux et multilatéraux), mais avec quelques différences substantielles toutefois (A). L'élément principal d'innovation de l'Accord réside dans l'approche des nouveaux domaines. L'examen des dispositions du texte permet de se rendre compte du degré élevé de libéralisation qui était voulu par les membres de l'OCDE. L'analyse sera poursuivie pour déceler les causes, sur le fond, qui ont entraîné l'échec de la négociation (B) et pour souligner l'émergence d'une forme originale d'intervention de la société civile internationale (C).

## **A. Les dispositions générales**

La structure des dispositions générales de l'AMI est similaire aux autres instruments existants et elle prévoit le champ d'application (1), le traitement des investissements et des investisseurs (2), la protection de l'investissement (3), le règlement des différends (4) et un ensemble d'exceptions et de sauvegardes (5).

### **1. Le champ d'application**

Selon les experts de l'OCDE, il était proposé à l'AMI un vaste champ d'application couvrant tous les secteurs à partir d'une définition large de l'investissement essentiellement axée sur les investissements directs étrangers. Il devait viser un niveau plus élevé de libéralisation en adoptant une approche « par le haut », qui ne permettrait d'exceptions

qu'au moment de l'acceptation de l'accord, ces exceptions étant soumises à une libéralisation progressive<sup>300</sup> ».

Cette section de l'Accord prévoit des dispositions relatives aux définitions, au champ d'application géographique et à l'application de l'accord aux territoires d'Outre-mer.

La définition du terme « investisseur » était assez conforme aux définitions retrouvées dans les instruments existants sur les investissements, et de ce point de vue, les négociateurs n'ont pas fait preuve d'originalité. En effet, la qualité d'investisseur est attribuée aussi bien à une personne privée qu'à une personne morale ou toute autre entité « constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante<sup>301</sup> ». L'application de l'Accord à une personne privée devait reposer sur deux qualités qui ne sont pas cumulatives : avoir la nationalité d'une partie contractante ou, si ce n'est pas le cas, d'en être un résident permanent. La définition de la personne morale ou entité dans le sens de l'Accord reprenait les critères existants dans d'autres instruments juridiques.

En ce qui concerne la définition de l'investissement, l'Accord a adopté une définition générale, étendue, suivi d'une liste illustrative et indicative. Ainsi, l'investissement y est défini comme « tout type d'actif détenu ou contrôlé directement ou indirectement, par un investisseur<sup>302</sup> ». Le problème est que derrière l'investissement il y a des biens et de ce fait, l'AMI se présentait moins comme un accord sur l'investissement que comme un accord de libéralisation totale des échanges sur les biens de toute nature, « même si ceux-ci ne présentent en aucune façon le caractère d'investissements<sup>303</sup> ».

---

<sup>300</sup> OCDE - *Rapport 1995*, op.cit.p.6

<sup>301</sup> OCDE - *Texte de négociation de l'AMI*, p.11

<sup>302</sup> OCDE – op.cit.p.11

<sup>303</sup> JUILLARD P. – « A propos du décès de l'AMI », *AFDI*, p.607

La définition générale s'accompagnait d'une liste à caractère indicatif qui représentait un résumé des éléments généralement cités dans les instruments existants. Cependant, elle intégrait aussi d'autres types d'investissements tels que les investissements de portefeuille.

A l'article 2 (iii), les négociateurs avaient retenu « les obligations, les titre d'emprunt, prêts et autres formes de créances et les droits en découlant ». Or au regard des instruments juridiques existants on remarque que l'admission des investissements de portefeuille n'est pas courante. Dans le même ordre d'idée l'alinéa (ii) traite des participations dans les entreprises : « les actions, parts du capital, ou autres formes de créances et les droits en découlant ». Or cet article ne précisait pas le seuil de participation pour la détermination du type d'investissement. On peut donc considérer qu'il prévoyait que les participations, mêmes minoritaires, pourraient être retenues. Ainsi la définition de l'investissement était-elle assez large pour comprendre aussi bien les investissements directs étrangers que les investissements de portefeuille.

Le même article énonçait les droits de propriété intellectuelle. Si on fait une comparaison avec l'ADPIC, certaines délégations ont estimé que « les droits de propriété littéraire et artistique » ne devraient pas être couverts. Et il est vrai que dans le cas contraire, le domaine de l'AMI aurait été plus large que celui de l'OMC. En effet, les domaines qui avaient été exclus du champ de compétence de l'OMC lors de négociations multilatérales se trouvaient réintroduits dans le projet d'AMI, comme la notion de droits d'auteurs et droits connexes, et sur cette question il subsistait des divergences d'opinion entre les européens et les américains<sup>304</sup>.

De ce fait, l'absence de précision dans l'énonciation des droits de propriété intellectuelle laissait subsister des interrogations. Ainsi,

---

<sup>304</sup> BOVAL B. – op.cit.p.141

« l'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans un instrument multilatéral auquel les Etats-Unis seraient partie sonna l'alerte chez les sociétés d'auteurs françaises, parce qu'elle fut perçue comme une menace d'invasion par les sociétés américaines de production audiovisuelle, avec tous les risques que pouvait comporter une telle invasion, notamment sur le plan économique<sup>305</sup> ». Dans ce contexte, la délégation française allait formuler une contribution visant à introduire dans le projet une clause d'exception pour les industries à vocation culturelle<sup>306</sup>.

En outre, à l'alinéa (vii) il était question des droits conférés par la loi tels que les concessions, les licences, les autorisations et les permis, ce qui démontre que les négociateurs avaient assimilé ces droits à des investissements. Ainsi, « le bénéfice d'un privilège ou l'attribution des droits accordés à une partie privée par un Etat, par le biais d'une autorisation administrative [était] assimilé à un investissement<sup>307</sup> ».

Tout cela n'était pas forcément inédit. L'ALENA et la Charte sur l'Energie ont sensiblement la même disposition. Toutefois, vu les multiples commentaires qui avaient suivi l'introduction de cette rubrique, on ne peut manquer de s'interroger sur sa viabilité, d'autant plus que certaines délégations ont estimées que les droits conférés par les concessions ou licences ne devaient pas relever de la définition des investissements<sup>308</sup>.

La prise en compte des nouvelles formes d'investissement par le projet d'Accord démontrait bien jusqu'à quel point on voulait mener la libéralisation des régimes d'investissement et la protection de l'investissement. L'alinéa (iv) prévoyait que « les droits au titre des

---

<sup>305</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.607

<sup>306</sup> HUBIN C. – « La culture dans l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) : avancée en terrain miné », *Revue de Droits des Affaires Internationales*, no.8, 1998, p.957

<sup>307</sup> CNUCED – *Series on issues in international investment agreements : Scope and definition*, United Nations Publications, Genève, 1999, p.21

<sup>308</sup> OCDE – *Commentaires au texte de négociation de l'AMI*, avril 1998, p.8

contrats, notamment les contrats clés en main et les contrats de construction, de gestion, de production ou de partage des recettes » était également assimilés à des investissements.

Les opérations d'investissement sont généralement le produit de plusieurs accords ou contrats<sup>309</sup>. Or cet alinéa ne permettait pas de distinguer dans quelle mesure l'opération contractuelle relèverait d'une opération strictement commerciale ou d'une opération d'investissement<sup>310</sup>. En fin de compte, cette définition, par sa trop grande extension, ne pouvait pas manquer « de soulever des problèmes d'interprétation et d'application, voire même entraîner l'affaiblissement de l'accord<sup>311</sup> ». Avec l'inclusion des investissements de portefeuille et des flux financiers dans la définition, l'Accord donnait l'impression de ne pas traiter des investissements mais plutôt des entreprises multinationales et des investisseurs étrangers<sup>312</sup>.

## 2. Le traitement des investissements

La section concernant le traitement des investissements et des investisseurs était de loin la plus importante quantitativement, et elle comportait des rubriques inédites, d'un caractère innovant. Il faut donc examiner brièvement le régime du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée (2.1), l'admission et le séjour des

---

<sup>309</sup> Parmi les contrats d'Etat passés entre les différents acteurs économiques on peut retenir les contrats de service, de gestion, de partage de production, de construction, de fourniture à long terme ou d'investissement.

<sup>310</sup> CNUCED (1999) – op.cit.p.20 : « L'exécution d'un contrat dans un pays d'accueil par une entité étrangère peut impliquer la création d'un investissement et de fait pourra être considéré comme un élément naturel de la définition de l'investissement. Or ce n'est pas le cas lorsque la définition est large, et que l'on ne puisse pas savoir si tous les contrats sont concernés ou bien si une distinction a besoin d'être faite entre le contrat de commerce ou le contrat où l'investisseur a alloué des moyens financiers, techniques et humains. »

<sup>311</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.608

<sup>312</sup> GANESAN A.V. – « Strategic options available to developing countries with regard to multilateral agreement on investment », *UNCTAD Discussion Papers*, no.134, 1998, p.19



investisseurs et du personnel clé (2.2), les obligations diverses (2.3) et le droit des entreprises (2.4).

### *2.1 Le traitement national et le traitement de la clause de la nation la plus favorisée*

Dans le texte consolidé du projet d'Accord, trois traitements étaient retenus pour assurer un bon accueil des investissements directs étrangers : le traitement national, le régime de la nation la plus favorisée et le traitement le plus favorable. L'originalité du texte repose sur l'obligation qui pèse sur les signataires de l'Accord de garantir ces traitements lors de la phase de pré-établissement. Généralement cette disposition ne figurait que dans le modèle de traité bilatéral des Etats-Unis, et sa transposition dans l'Accord a suscité des vives discussions entre les délégations.

Le problème du *traitement national* était au cœur du mandat donné au groupe de négociation. Il faut mentionner toutefois que le Projet d'Accord n'a pas prévu de dispositions concernant les modalités d'admission des investissements. De ce fait, il semblerait que l'admission des investissements se confonde avec le traitement qui leur est réservé. A première vue, concernant le régime du traitement, il s'agit d'une disposition similaire à celles présentes dans les autres instruments juridiques<sup>313</sup>.

L'établissement est le premier domaine concerné par le traitement national, mais sans aucune précision sur son champ d'application, ce qui n'empêche de penser que le Projet couvre aussi bien la phase de pré-établissement que celle de post-établissement. Il semble par conséquent que le terme « établissement » englobe toute la phase d'admission de l'investissement. Pourtant, l'admission relève du pouvoir

---

<sup>313</sup> OCDE (1998) – op.cit.p.14

souverain du pays d'accueil<sup>314</sup>. La présence de cette clause laisse penser qu'indirectement les Etats d'accueil des investissements acceptent de limiter considérablement leur pouvoir souverain de réglementer l'entrée des investissements directs étrangers<sup>315</sup>.

Cette clause présentant un degré élevé de libéralisation des régimes d'investissements, elle a été un des éléments les plus controversés du Projet, car il se rapprochait du modèle américain de traité bilatéral, ainsi que du modèle asiatique<sup>316</sup>.

La portée étendue que le Projet voulait donner au principe du traitement national, en vue de couvrir aussi bien la phase de pré-investissement que la phase post-investissement, tendait à mettre l'investisseur national et l'investisseur étranger en situations identiques pour ce qui concerne la décision d'investissement. Ainsi, « l'investisseur étranger ne serait plus soumis à aucune restriction, autre que celles auxquelles est soumis l'investisseur national<sup>317</sup> ».

La clause du *traitement de la nation la plus favorisée* a pris la même structure. Elle s'applique aussi pour la phase de pré-établissement et pour celle de post-établissement, en accordant aux parties contractantes le meilleur traitement accordé à d'autres investisseurs. Cela implique qu'une partie contractante de l'AMI aurait pu bénéficier des avantages issus d'un accord conclu par une autre partie avec un Etat tiers, sans contrepartie. Un déséquilibre se serait alors produit entre les parties à l'AMI, a moins que « l'extension des avantages du dernier accord aux tiers ne soit pas suspendu à une

---

<sup>314</sup> La régulation de l'admission de l'investissement étranger par un Etat permet d'influencer le développement économique, de protéger certains domaines jugés sensibles, donc, en fait, de contrôler l'entrée des investissements directs étrangers sur son territoire.

<sup>315</sup> LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – « Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) », septembre 1998, [www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr), p.3 : « Le Premier Ministre a estimé que l'accord dans sa forme actuelle était inacceptable car il revenait 'à concéder des abandons de souveraineté à des intérêts privés'. »

<sup>316</sup> CNUCED – *Series on issues in international investment agreements : Admission and Establishment*, United Nations Publications, Genève, 1999, p.26

<sup>317</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.609

réciprocité<sup>318</sup> ». Il appartenait à chaque partie contractante d'accorder le meilleur traitement possible aux autres parties contractantes. Cette disposition permettait aux investisseurs et à leurs investissements de bénéficier des traitements préférentiels qui s'appliquent aux nationaux et à des étrangers.

## 2.2 *L'admission et le séjour des investisseurs et du personnel clé*

Dans cette section du titre III du projet d'AMI, le texte prescrit aux parties contractantes d'accorder l'admission et le séjour temporaire, ainsi que l'autorisation temporaire à travailler, pour une personne physique d'une autre partie contractante et pour son conjoint.

Les personnes pouvant bénéficier de ce libre établissement sont strictement définies, ainsi que la marge de manœuvre des parties contractantes quant à l'admission, le séjour et l'autorisation temporaire de travail, puisque « une partie contractante ne peut pas invoquer des limitations fondées sur des critères conjoncturels ou structurels tels que les besoins du marché du travail, des besoins économiques ou des restrictions numériques nationales<sup>319</sup> ».

## 2.3 *Les obligations diverses*

Le texte de l'AMI traite de *l'obligation de nationalité* pour les cadres supérieurs, les directeurs et les membres des conseils d'administration. Il rejette l'obligation, qui se trouve dans certains instruments bilatéraux, imposant aux investisseurs le choix ou plutôt un certain quota de cadres supérieurs ou directeurs. Cette disposition est similaire à celles figurant dans les instruments bilatéraux américains. Elle diminue considérablement toute marge de manœuvre

---

<sup>318</sup> CNUCED – *Series on issues in international investment agreements : Most favoured nation treatment*, United Nations Publications, Genève, 1999, p.10

<sup>319</sup> OCDE – *Texte de l'AMI*, p.16

des Etats quant à l'imposition de leurs cadres dans les entreprises résultant de l'investissement. Ainsi, il assure une totale liberté de gestion aux investisseurs étrangers<sup>320</sup>.

La question de *l'obligation en matière d'emploi* est également abordée. Il est logique que cette liberté soit étendue au-delà du personnel clé ainsi que le prévoit cet article. Il en résulte que les parties contractantes ne pourront pas imposer des quotas d'embauche de personnels locaux.

Le texte de l'AMI comporte également une disposition relative aux *obligations de résultat*. La libéralisation de régimes d'investissement passe par un amoindrissement, une atténuation des mesures pouvant constituer un obstacle aux investissements. Il est ainsi prévu « qu'une partie contractante ne peut pas imposer, appliquer ou maintenir l'une quelconque des obligations suivantes, ou faire appliquer un quelconque engagement concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, la vente ou tout autre aliénation d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante<sup>321</sup> ».

Ainsi, l'Accord met un terme à la possibilité pour les Etats d'accueil, d'adopter ou de prescrire des obligations de résultat. Cependant, l'élimination de contraintes d'exploitation peut avoir une incidence sur les incitations à l'investissement, et de ce fait, les Etats ne disposeraient plus de leviers leur permettant de contrôler ou bien d'encourager les investissements.

La liste des obligations ou *engagements interdits* est relativement longue<sup>322</sup>, mentionnant les exportations ou importations assujetties à

---

<sup>320</sup> JUILLARD P. – op.cit.p. 609

<sup>321</sup> OCDE – op.cit.p.20 : Obligations de résultat

<sup>322</sup> La délégation française a demandé la réduction de cette liste qu'elle jugeait trop importante.

l'achat ou la vente d'un certain volume de biens ou services, les décisions des entreprises relatives à l'implantation de leur siège social, la part des participations nationales dans leur capital social, leur champ d'action sur le territoire, le choix de leur personnel, les transferts de technologie<sup>323</sup> ».

La liste des obligations prohibées recouvre pour partie les domaines couverts par certains accords de l'OMC. Mais le texte du Projet d'AMI prévoit des règles qui sont parfois plus étendues que celles prévues par l'AGCS, l'ADPIC et le MIC. En ce qui concerne l'accord MIC, le projet d'AMI reprenait partiellement mais d'une manière plus élaborée la liste d'exemples de son annexe1. Les dispositions de l'AMI ne devaient cependant s'étendre en aucun cas aux dispositions de l'AGCS et à celles relevant de la propriété intellectuelle.

Il y aurait eu par conséquent un problème de compatibilité entre ces différents textes<sup>324</sup>.

Le Projet prévoyait aussi que certaines obligations prohibées ne s'appliqueraient pas lorsqu'il s'agirait de l'environnement, des programmes de promotion des exportations et d'aide extérieure, d'agriculture, d'échange de services, de marchés publics, de contingents préférentiels et enfin, de droit de douane.

## *2.4 Le droit des entreprises*

La notion de droit des entreprises recouvre la privatisation des entreprises publiques, la dette publique, les monopoles ou les concessions, l'incitation à l'investissement, la propriété intellectuelle, les normes sociales et environnementales.

---

<sup>323</sup> OCDE – op.cit.p.22

<sup>324</sup> Les délégations se sont préoccupées de la compatibilité de l'Accord avec les autres accords existants, dont les accords MIC, AGCS, ADPIC, et parfois avec le Traité de la Charte sur l'énergie, et elles ont manifestées leur souhait que l'AMI n'impose des obligations supérieures à celles existantes dans les accords précités.

Le premier paragraphe de la clause imposait aux parties contractantes l'obligation d'accorder le traitement national et le régime du traitement NPF à tous les types de privatisations et surtout, aux opérations ultérieures concernant un bien privatisé<sup>325</sup>.

De nouveau, on remarque l'originalité du texte qui était proposé, car les opérations ultérieures concernant un bien privatisé ne devaient plus relever de la privatisation. De cette manière, l'article étendait considérablement la portée du champ des obligations du traitement national et du traitement NPF aux opérations de post et pré privatisation. Les droits exclusifs ne pouvaient bénéficier qu'aux personnes physiques. Le texte de l'AMI ne semblait exclure, en aucune manière, les régimes spéciaux d'actionnariat, dans la mesure où ils n'auraient pas été discriminatoires. Dans le cas contraire, les régimes spéciaux non compatibles avec les obligations du traitement national et du traitement NPF, auraient été rejetés.

Enfin une rubrique relative à la transparence et une autre mentionnant la définition du terme « privatisation » étaient incluses dans ce dispositif. Cette préoccupation rejoignait l'obligation générale de transparence énoncée plus tôt pour les parties contractantes. La privatisation était définie comme « la vente par une partie contractante, d'une partie ou de la totalité de sa participation au capital d'une entité, ou tout autre aliénation ayant substantiellement le même effet<sup>326</sup> ».

La suite du texte du Projet d'AMI, traitait des monopoles, des entreprises d'Etat et des concessions.

A l'Article A, qui traite des monopoles, les paragraphes 1 et 3 prévoyaient les modalités et surtout le traitement octroyé aux investisseurs quant à la désignation et au maintien des monopoles.

---

<sup>325</sup> OCDE – *Projet d'AMI : Texte consolidé*, fév.1998, p.33

<sup>326</sup> OCDE – op.cit.p.34

Chaque partie contractante se devait d'accorder un traitement non discriminatoire lorsqu'elle établirait un monopole<sup>327</sup>.

Il s'agissait d'éviter qu'il puisse y avoir abus de position monopolistique entraînant des pratiques anticoncurrentielles ayant un effet négatif<sup>328</sup>. Par conséquent, pour ses ventes comme pour ses achats de biens ou services, l'entreprise à activité monopolistique devait respecter les règles de la concurrence et de la transparence. Il était prévu qu'il en soit de même lors d'une opération de démonopolisation d'une activité.

De même, l'attribution d'autorisations pour la prospection, l'exploitation et la production des minéraux, y compris des hydrocarbures, devaient se faire en respectant les règles du traitement national, du traitement NPF et de la transparence. Les entités investies de prérogatives publiques déléguées, devaient agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de l'accord.

Contrairement aux autres dispositions du texte, les clauses relatives aux incitations à l'investissement n'ont pas été achevées. L'article sur les incitations prévoyait que l'octroi d'incitations devait respecter le traitement national, le régime NPF, et l'obligation de transparence.

La question de la propriété intellectuelle a été traitée de manière atypique car, à plusieurs reprises, dans les huit rubriques composantes, il y a des renvois relatifs à d'autres sections du Projet.

Les rubriques relatives aux transferts, aux monopoles, aux obligations de résultat, à l'expropriation, au traitement national, au régime NPF et au traitement général, aux définitions de l'investissement et de l'investisseur, et enfin, au règlement des différends ont été l'objet

---

<sup>327</sup> OCDE – op.cit.p.35

<sup>328</sup> OCDE – op.cit.p.36

de divergences et de désaccords entre délégations. Pour en donner un exemple, mentionnons que les oppositions qui se sont manifestées dans le cadre des négociations de l'ADPIC sous l'égide de l'OMC, se sont retrouvées dans le Projet d'AMI. Ainsi, de nouveau, il était question de trouver un compromis entre la conception américaine et la conception européenne. Toutefois, d'une manière générale, les négociateurs se sont préoccupés d'éviter les incompatibilités entre l'ADPIC et le Projet d'AMI.

Une autre question abordée concernait la dette publique<sup>329</sup>. Elle a été évoquée sous deux angles : le rééchelonnement de la dette et la gestion de la dette publique. Toutefois, l'accord des négociateurs a été général sur le fait que le rééchelonnement de la dette publique devait échapper à ces disciplines. A cet effet, les délégations ont examiné plusieurs propositions<sup>330</sup>. Les sections suivantes concernant « les pratiques des sociétés, les technologies de recherche-développement et le non abaissement des normes », ont réuni l'accord des délégations sur le point qu'il ne devrait pas y avoir un abaissement des normes afin d'encourager l'investissement dans le domaine de la santé, de la sécurité, de l'environnement et le travail<sup>331</sup>.

### 3. La protection des investissements

Selon le Rapport des experts, « le régime de l'expropriation, de l'indemnisation et des transferts de fonds est déterminant pour la protection des investissements. Il revêt une particulière importance dans un accord ouvert à des pays non membres<sup>332</sup>. De ce fait, la section du Projet concernant la protection des investissements comporte cinq chapitres, relatifs au traitement général (3.1), à l'expropriation et à l'indemnisation (3.2), aux transferts (3.3), à la subrogation (3.4) et à la

---

<sup>329</sup> La majorité des délégations sont restées d'avis que la dette publique devait être régie par les disciplines de l'AMI.

<sup>330</sup> OCDE – op.cit.p.54

<sup>331</sup> OCDE – *Commentaire du texte consolidé*, op.cit.p.27

<sup>332</sup> OCDE – *Rapport 1995*, op.cit.p.21



protection des investissements existants (3.5). Un bref examen de ces articles nous permettra de mieux déceler les causes d'échec de la négociation.

### *3.1 Le traitement général*

Les dispositions concernant le traitement général reprennent les termes utilisés dans les instruments bilatéraux. Ainsi, il appartient à chaque partie contractante d'accorder « aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes et constantes<sup>333</sup> ».

Le Projet d'AMI privilégie l'approche issue du droit international ou plus exactement des principes généraux de droit international, en posant comme seuil de traitement, le traitement juste et équitable. De ce fait, les parties contractantes devraient prendre en compte, d'une part, leurs propres législations et surtout veiller à ce que l'équité soit respectée. Dans ce contexte, l'Accord considère que tout autre traitement ne devrait pas être moins avantageux que le traitement juste et équitable. Il est prévu que : « en aucun cas, une partie contractante n'accorde un traitement moins favorable que celui qu'exige le droit international<sup>334</sup> ».

Cette section de l'Accord a provoqué une certaine réticence parmi les Etats membres. Ce n'est pas seulement la référence à un traitement loyal et équitable qui l'a suscitée, mais surtout la référence concernant la protection et la sécurité complètes et constantes. Certaines délégations se sont préoccupées de savoir à qui reviendrait l'appréciation du caractère satisfaisant de protection et de sécurité. Selon les procédures de règlement des différends du CIRDI,

---

<sup>333</sup> OCDE – op.cit.p.61

<sup>334</sup> OCDE – op.cit.p.61

l'appréciation appartient aux arbitres. Ensuite, les arbitres peuvent décider s'ils s'imposent une obligation de moyen simple ou plutôt une obligation de moyen renforcée.

La présence du terme « constantes » laisse supposer qu'il ne sera toléré aucun relâchement de la part du pays d'accueil des investissements, et que de cette manière, pèserait sur les Etats une obligation particulièrement exigeante. Mais la proscription des mesures déraisonnables ou discriminatoires afin de ne pas entraver les investissements soulève d'autres problèmes. De nouveau, il appartiendra aux arbitres de déterminer le caractère discriminatoire ou déraisonnable de ces mesures.

Dans la pratique, parfois les mesures prises par les Etats pourraient paraître à première vue discriminatoires ou déraisonnables, alors qu'en réalité elles seraient parfaitement justifiées. La formulation adoptée dans le projet d'AMI laisse entendre que les parties contractantes devront redoubler de prudence avant de prendre des mesures, afin de ne pas porter atteinte aux investissements directs étrangers<sup>335</sup>.

Les raisons qui viennent d'être examinées ont notamment contribué au mécontentement de la délégation française, qui s'est retirée des négociations. Il était assez difficile de considérer que des obligations aussi importantes puissent peser sur les pays membres de l'OCDE et surtout qu'elles soient appréciées par des arbitres en cas de litige. Autrement dit, « cet article est l'exemple même d'une obligation absolue dont la portée serait totalement laissée à l'interprétation du

---

<sup>335</sup> JUILLARD P. – « A propos du décès de l'AMI », p.611 : « ce qui est désormais en cause, c'est la capacité des pays développés à prendre, dans l'intérêt public, des mesures d'ordre général qui pourraient porter atteinte aux intérêts économiques des étrangers ».

juge international<sup>336</sup> ». Cette affirmation a incité à la réflexion les gouvernements des pays membres de l'OCDE et du monde entier.

En effet, « le volet sur la protection de l'AMI étant conçu comme une transposition des dispositions les plus exigeantes des accords bilatéraux et de l'ALENA, les négociateurs, à leur surprise et à un stade avancé des discussions, ont dû se rendre compte que de telles discussions pourraient être utilisées par des entreprises pour mettre en cause toute la réglementation d'un pays ayant une incidence négative sur la valeur d'une entreprise (par exemple une réglementation introduisant des normes plus élevées en matière de protection de l'environnement)<sup>337</sup> ».

### *3.2 L'expropriation et l'indemnisation*

Les dispositions sur l'expropriation et l'indemnisation se retrouvent, sans élément d'originalité, dans les six alinéas de l'article 2. Toutefois, concernant l'expropriation, l'expression « mesure d'effet équivalent » a provoqué des réactions. Bien que ces termes recouvrent les expropriations rampantes, le projet d'Accord tendait à admettre que « quel que soit l'intitulé de cette mesure, et ce même si le titre de propriété n'est pas confisqué<sup>338</sup> », une indemnisation est nécessaire.

En effet, on peut penser qu'en pratique, « la notion de mesure d'effet équivalent à une nationalisation ou une expropriation, dont l'interprétation par le juge international pourrait amener à déclarer non conformes toutes réglementations ou législations publiques réduisant la

---

<sup>336</sup> LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – « Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) », septembre 1998, [www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr), p.8

<sup>337</sup> GEIGER R. – « Eléments clés d'un cadre international pour l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Colloque SFDI, Ed.Pedone, 1999, p.35

<sup>338</sup> GEIGER R. – op.cit.p.39

valeur économique d'un investissement étranger<sup>339</sup> », pourrait trouver application.

Le paragraphe 2.1 tout en posant le principe de l'interdiction de toutes formes d'expropriation et de nationalisation, élargit le champ des mesures en retenant celles qui ont un effet équivalent. Cependant, une partie contractante pourrait procéder à une expropriation dès lors que certaines conditions seraient remplies : raisons d'intérêt public, absence de caractère discriminatoire de la mesure, respect des garanties prévues par la loi et prompt versement d'une indemnité adéquate et effective<sup>340</sup>. Il est accordé une attention particulière à la détermination du montant de l'indemnité qui doit être égal à la valeur marchande du bien exproprié à la date même de l'expropriation. Cette disposition permet d'endiguer les effets des mesures de dépossession rampantes qui affectent parfois considérablement la valeur de l'investissement. Toutefois, les délégations ne se sont pas accordées sur la méthode de calcul de l'indemnité.

En général, l'indemnité se compose d'une partie principale représentant la valeur marchande réelle du bien exproprié à la date de l'expropriation, et d'une autre partie correspondant aux intérêts, eux aussi calculés conformément aux conditions du marché.

Le paragraphe 2.6 pose le principe du droit de recours des parties lésées contre toutes mesures de dépossession. La partie lésée obtiendra « un prompt examen de son cas, y compris l'évaluation de son investissement et le paiement d'une indemnité conforme au présent article, par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente et indépendante de cette partie contractante<sup>341</sup> ». En effet, dans la pratique courante des relations économiques, il faut déterminer l'objet réel des mesures d'expropriation, de nationalisation ou des réglementations

---

<sup>339</sup> LALUMIERE C. – op.cit.p.8

<sup>340</sup> OCDE – op.cit.p.62

<sup>341</sup> OCDE – op.cit.p.63

d'ordre général, afin de pouvoir identifier véritablement les règles qui pourraient être invoquées dans l'optique du règlement des différends. Selon le professeur Juillard : « C'est parce que les parties ont voulu appliquer des solutions ayant cours dans les rapports Nord-Sud que la réglementation de l'expropriation est aussi perverse<sup>342</sup> ». Comme l'OCDE se compose essentiellement de pays développés dits « du Nord », le résultat souhaité était d'empêcher les pays membres d'avoir une réglementation qui affecterait les investissements directs étrangers au détriment de leurs intérêts.

### 3.3 Les transferts

A l'instar des instruments juridiques existants, le Projet d'Accord prend en compte la question de transfert des revenus obtenus à la suite d'un investissement. Dans ce sens, toutes les délégations ont estimé que le libre transfert des revenus était fondamental pour la protection des investisseurs. C'est pourquoi une très nette préférence s'est manifestée en faveur d'une énumération des principales catégories de revenus à l'article 4(1) b, en particulier les « bénéfices, intérêts, dividendes, plus-values, redevances, commissions et revenus en nature<sup>343</sup> ». Mais il a été finalement décidé de ne pas alourdir le texte de cet article, dès lors que ces catégories devaient être expressément énumérées dans la définition des revenus figurant dans l'article de l'AMI concernant les définitions.

Le paragraphe 4.2 rappelait que les transferts devraient s'effectuer dans une monnaie librement convertible. Toutefois des restrictions étaient prévues, soit pour le transfert d'un revenu en nature, soit pour des raisons ayant trait à l'obligation de respecter des

---

<sup>342</sup> JUIILLARD P. – « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord du troisième type ? », dans *Un Accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Colloque SFDI, Ed. Pedone, 1999, p.62

<sup>343</sup> OCDE – op.cit.p.63

décisions en matière judiciaire et administrative, d'assurer la conformité aux lois et règlements, et de ne pas appauvrir un débiteur<sup>344</sup>.

Le texte stipulait aussi que l'obligation de libre transfert valait pour les salaires et autres rémunérations, après déduction de toutes retenues au titre des impôts ou des paiements de sécurité sociale. Le mécanisme de règlement des différends était quant à lui ouvert aux investisseurs, mais pas à leur personnel. Aussi était-il posé comme principe, la liberté du transfert d'information et de traitement des données. Ce principe de liberté ne devait pas dispenser les investisseurs de se conformer à des prescriptions comptables ou déclaratives<sup>345</sup>.

### *3.4 La subrogation*

Cette disposition reproduisait les clauses des traités bilatéraux concernant la subrogation, mais les délégations n'étaient pas parvenues à s'entendre sur les organismes qui seraient habilités à pratiquer l'opération de subrogation. Ainsi, « le problème s'est posé de savoir s'il fallait faire référence aux sociétés privées d'assurance dans la reconnaissance de la subrogation à l'article 5. Une disposition spéciale à cet effet a été jugée superflue, car une partie contractante peut choisir son « organisme désigné » indépendamment de son statut public ou privé<sup>346</sup> ».

### *3.5 La protection des investissements existants*

Le paragraphe 3.1 assurait aux investisseurs d'une partie contractante que le meilleur traitement relatif à toute restitution, toute indemnisation, leur serait appliqué lorsqu'ils auraient subi un préjudice, en raison d'une guerre ou de troubles civils<sup>347</sup>. Il s'agit ainsi

---

<sup>344</sup> Idem.p.64

<sup>345</sup> OCDE – op.cit.p.65

<sup>346</sup> OCDE – *Commentaires du texte consolidé*, 1998, p.38

<sup>347</sup> Idem.p.38

d'événements souvent indépendants de la volonté de l'Etat d'accueil. Bien que cette mesure soit similaire, sur le fond, de celles des instruments bilatéraux, le Projet d'accord allait plus loin, car il introduisait un traitement préférentiel en faveur des investisseurs étrangers.

Le deuxième paragraphe prévoyait spécialement deux situations généralement source de litige : la réquisition ou la destruction, même partielle, de l'investissement étranger par les forces ou les autorités de cette partie contractante. Il s'agit dans ce cas d'événements dépendants de la volonté du pays d'accueil. Aussi, lorsque cet état de fait cause un préjudice, la partie lésée se voit accorder une restitution ou une indemnisation, qui dans les deux cas, doit être prompte, adéquate et effective.

Cependant, cette indemnisation ne pourrait intervenir qu'à la condition que « les circonstances ne rendent pas nécessaire la réquisition ou la destruction de l'investissement étranger<sup>348</sup> ».

Un large appui s'est exprimé en faveur de l'inclusion, dans le texte final du projet d'accord, d'une disposition précisant que l'AMI s'appliquerait aux investissements réalisés antérieurement à son entrée en vigueur.

Le débat ne s'est pas révélé concluant en ce qui concerne la question de savoir s'il convenait de limiter une telle disposition aux investissements « conformes à la législation » du pays d'accueil. Certaines délégations souhaitaient préciser que l'accord ne s'appliquerait pas aux créances nées d'événements passés ou ayant déjà été réglées<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> OCDE – op.cit.p.64

<sup>349</sup> OCDE – *Commentaires au texte consolidé*, p.38

## 4. Le règlement des différends

Dans le projet d'AMI, le mécanisme de règlement des différends comprenait deux types de procédures : les procédures entre les Etats (4.1) et les procédures entre un investisseur et un Etat (4.2).

Ce système reprenait les dispositions similaires des traités bilatéraux d'investissements, étant entendu que, pour un certain nombre de délégations, des travaux supplémentaires seraient nécessaires en ce qui concerne le règlement des différends. En particulier, plusieurs options subsistaient pour les consultations multilatérales et le champ d'application du règlement des différends<sup>350</sup>.

### *4.1 Les procédures pour les différends entre les Etats*

Il convient ici d'examiner d'une part les dispositions générales (4.1.1) puis la procédure d'arbitrage en elle-même (4.1.2)

#### *4.1.1 Les dispositions générales*

Le premier paragraphe de cette sous-section mentionnait que les règles édictées avaient pour but d'éviter les conflits et de régler les différends entre les parties contractantes. Mais ce mode de règlement n'était pas exclusif, ce qui était très révélateur de l'état d'esprit des négociateurs. La primauté était laissée à l'autonomie de la volonté des parties contractantes dans la mesure où, en l'absence d'une manifestation expresse de volonté des parties au différend, s'appliqueraient les règles de l'accord. En d'autres termes, l'accord n'obligeait pas les parties à recourir uniquement à son mode interne de règlement des différends<sup>351</sup>. Cependant, cette autonomie avait des

---

<sup>350</sup> OCDE – Commentaires au texte consolidé, p.39

<sup>351</sup> KODAMA Y. – « Dispute settlement under the draft multilateral agreement on investment : the quest for an effective investment settlement mechanism and its failure », *Journal of International Arbitration*, vol.16, no.3, p.46



limites car il revenait aux parties au différend de respecter certaines règles, notamment celle relative à la notification.

Le deuxième paragraphe assurait en cas de procédure entre deux Etats, une protection de la confidentialité des informations fournies. Il était nécessaire d'obtenir une autorisation écrite de la partie qui les a fournies, avant de les divulguer.

La consultation était la première étape, obligatoire, de la procédure d'arbitrage, mais elle était assortie de règles de forme et de fond. La demande de consultation devait être soumise par écrit, avec un argumentaire de la demande. La partie concernée se devait d'engager des consultations dans une période de 30 jours. La partie sollicitée disposait de son côté d'une période de 60 jours pour y répondre.

En cas d'échec des premières consultations, les parties au différend, agissant d'un commun accord, pouvaient alors demander au *Groupe des parties* d'examiner le différend. Dans ce cas, il appartiendrait au Groupe de formuler, dans un délai de 60 jours, des recommandations à l'intention des parties contractantes que le différend oppose. Si le résultat obtenu n'était satisfaisant pour aucune des parties, ces dernières pouvaient recourir à la médiation ou à la consultation<sup>352</sup>. Ces démarches avaient un caractère confidentiel. *In fine*, les parties contractantes devaient informer le Groupe des parties de toute solution arrêtée d'un commun accord.

#### *4.1.2 La procédure d'arbitrage*

Cette section constituait la partie la plus importante du projet d'AMI. Dans son premier paragraphe il était mentionné que la procédure d'arbitrage serait possible dès lors qu'une partie a agi en

---

<sup>352</sup> OCDE – op.cit.p.68

violation de l'Accord. Le différend devait être soumis à un tribunal arbitral « en vue d'une décision à la demande de toute partie contractante qui est partie au différend et surtout qui s'est conformée à l'obligation de consultation prévue dans les paragraphes précédents<sup>353</sup> ».

L'Accord prévoyait la possibilité d'un regroupement des litiges dans la mesure où le différend porterait sur la même question et concernerait une même partie contractante. Cependant cette possibilité de jonction ne semblait pas obligatoire. Il aurait suffi que plusieurs parties contractantes demandent qu'un différend avec la même partie et portant sur la même question contractante soit soumis à un tribunal, pour que la jonction soit alors effectuée. Il était également prévu que dans le cadre de cette jonction il y ait une identité des arbitres<sup>354</sup>. L'OMC a déjà expérimenté ce procédé.

Le tribunal aurait disposé des règles de l'AMI et des règles du droit international pour rendre sa décision. Cependant, l'évocation des règles de droit international ne concernait que « les règles permettant l'interprétation et l'application des traités<sup>355</sup> ». Le tribunal aurait également eu la possibilité de prendre des mesures provisoires afin d'éviter qu'une des parties contractantes ne subisse un préjudice grave dans l'attente de la sentence finale. A défaut, il aurait pu énoncer des mesures correctrices, comme une déclaration, une recommandation, ou une indemnité pécuniaire. Les sentences rendues par le tribunal devaient être définitives et obligatoires pour les parties au différend, sauf exceptions.

Le texte du projet d'AMI prévoit un article sur l'annulation d'une sentence, qui s'est inspiré largement des procédures CIRDI. Ainsi, les parties au différend auraient été en mesure de demander l'annulation

---

<sup>353</sup> OCDE – op.cit.p.68

<sup>354</sup> OCDE – op.cit.p.70

<sup>355</sup> OCDE – *Commentaire du texte de l'AMI*, p.39

totale ou partielle d'une sentence pour un ou plusieurs motifs<sup>356</sup>. Cette procédure était comprise dans un délai de 120 jours. Elle entraînait par la suite la constitution d'un nouveau tribunal ou d'une autre instance. A l'article 8, le texte mentionnait que, par défaut, s'appliquaient les règles optionnelles de la Cour permanente d'arbitrage<sup>357</sup>.

Pour se conformer à la sentence, la partie reconnue fautive aurait disposé d'un « délai raisonnable ». En cas de non respect de cette condition, la partie lésée aurait alors pu notifier son intention de réagir par des mesures de représailles pouvant comporter des suspensions d'application des obligations résultant de l'Accord. Toutefois, comme le prévoit le droit international public pour l'usage de contre-mesures, l'Accord exigeait une certaine proportionnalité, en mentionnant que « l'effet de ces mesures/suspensions doit être proportionné à l'effet du non respect par l'autre partie<sup>358</sup> ».

#### *4.2 Les procédures entre un investisseur et un Etat*

Les procédures de règlement des différends entre un investisseur et un Etat sont mentionnées dans la section D du Projet d'AMI, qui comporte vingt articles.

Compte tenu de l'originalité de cette forme d'arbitrage « mixte », cette section revêt d'une importance particulière. On examinera en premier lieu le système de déclenchement de la procédure (4.2.1.) avant de s'attacher à la procédure d'arbitrage (4.2.2.).

---

<sup>356</sup> Les motifs qui pourraient être invoqués sont strictement énumérés : le tribunal n'a pas été convenablement constitué, le tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs, la corruption d'un membre du tribunal ou d'un expert, le manquement grave à une règle de procédure fondamentale, la sentence n'a pas été motivée.

<sup>357</sup> OCDE – op.cit.p.72

<sup>358</sup> OCDE – op.cit.p.73

#### 4.2.1 Le déclenchement de la procédure

Le champ d'application et la qualité pour agir sont déterminés en considérant que le différend doit être survenu à la suite « d'une violation alléguée d'une obligation d'une partie contractante », qui occasionne une perte ou un préjudice à l'investisseur ou à son investissement.

En ce qui concerne l'investissement, il y est question des violations alléguées d'une autorisation d'investissement spécifiquement accordée ou d'un contrat écrit attribuant des droits. Cependant la procédure ne sera lancée effectivement que si les obligations souscrites ont permis à l'investisseur de s'établir, d'acquérir ou de développer « substantiellement » un investissement<sup>359</sup>.

L'Accord stipulait que les différends devraient être réglés, dans la mesure du possible, par voie de négociation ou de consultation. A défaut, la procédure d'arbitrage serait déclanchée. Dans ce cas, il appartiendrait à l'investisseur de choisir l'enceinte devant laquelle il entendrait soumettre le différend, à savoir les juridictions locales, l'arbitrage CIRDI, le mécanisme supplémentaire du CIRDI, au CNUDCI, ou la Chambre internationale de commerce.

Une autre disposition précisait l'obligation de régler le litige sur un plan international<sup>360</sup>, obligeant ainsi les Etats à renoncer à toute autre procédure que celles prévues par l'Accord, avec toutefois la possibilité de déroger à cette règle sous réserve de notification. Selon certains auteurs, ces précisions pourraient constituer une véritable source de discordance entre les parties contractantes, notamment du fait du risque pour un Etat de subir des procédures abusives de la part des investisseurs<sup>361</sup>.

---

<sup>359</sup> OCDE – op.cit.p.75

<sup>360</sup> OCDE – op.cit.p.76

<sup>361</sup> KODAMA Y. – « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment : the question for an effective investment dispute settlement mechanism and its failure », *Journal of International Arbitration*, vol.16, no.3, 1999, p.65

#### 4.2.2 *La procédure d'arbitrage*

Un investisseur aurait pu soumettre un litige à l'arbitrage, dans un délai de 60 jours après avoir avisé l'autre partie contractante de ses intentions. Quant aux modalités de constitution du tribunal arbitral, le projet d'Accord s'inspirait de la procédure CIRDI, en stipulant notamment dans son article 9 la possibilité de jonction des litiges, à condition qu'elle soit acceptée par toutes les parties. Pouvant entraîner la suspension de la procédure sur le fond, les objections préliminaires y étaient admises, mais avec un examen obligatoire par le tribunal dans un délai de 60 jours<sup>362</sup>. Une procédure similaire se trouve dans les règles de procédure de la Cour Internationale de justice et dans le mécanisme supplémentaire du CIRDI<sup>363</sup>. L'esprit de cette mesure est d'éviter le plus possible les procédures abusives susceptibles d'être engagées par les investisseurs. Il faut donc s'assurer que les réclamations de l'investisseur sont recevables.

Comme dans plusieurs instruments juridiques existants (OMC, ALENA), toute partie à l'Accord a la possibilité de donner son avis. De même, le tribunal arbitral aurait eu la possibilité de tenir compte des rapports d'experts scientifiques et techniques<sup>364</sup>.

En ce qui concerne le droit applicable aux litiges, selon l'article 14, l'utilisation des règles du droit international est privilégiée mais strictement encadrée. Dans certains cas, prévus au paragraphe 1.b, les parties au différend peuvent toutefois convenir du droit applicable. Le tribunal arbitral aurait pu recommander des mesures provisoires aux fins de protection des droits d'une partie au différend. La sentence rendue sur le fond par le tribunal arbitral aurait eu un caractère définitif et obligatoire pour les parties au différend, et aurait été « en

---

<sup>362</sup> OCDE – op.cit.p.79

<sup>363</sup> KODAMA Y. – op.cit.p.74

<sup>364</sup> Article 13, op.cit.p.79

conformité avec l'article 17 [...] accessible au public<sup>365</sup> ». Les sentences de ce tribunal arbitral n'auraient donc pas eu le caractère confidentiel des sentences CIRDI.

L'arbitrage pouvait avoir lieu dans tout Etat partie à la Convention de New York<sup>366</sup>. Toutefois, pour l'exécution des sentences, il n'était pas obligatoire que les parties aient été signataires de cette Convention. Elles auraient dû seulement assurer l'exécution des sentences pécuniaires rendues sur le fondement de l'AMI. De ce fait, des Etats qui n'étant pas parties à la Convention auraient vu les effets de celle-ci s'appliquer sur leur territoire.

En conclusion, quelques remarques s'imposent sur cette partie du Projet de l'AMI. Les gouvernements des pays membres de l'OCDE manifestaient leur inquiétude à l'égard d'une procédure mettant en œuvre un contentieux mixte, susceptibles de conduire les investisseurs à se comporter de manière déraisonnée, et d'entraîner un développement anarchique des procédures contentieuses.

Afin d'éviter l'introduction abusive de demandes contentieuses de la part des investisseurs, des pistes auraient pu être explorées, selon certains auteurs, tels que le renforcement de la procédure de saisine, le renforcement de la procédure de filtrage, ou un contrôle plus pointu<sup>367</sup>.

D'autres opinions ont plaidé pour une définition plus précise des conditions d'arbitrage, la mise en place d'un mécanisme procédural plus complet pour empêcher ou éviter les procédures contentieuses, ou l'introduction du paiement des frais de procédure pour l'initiateur de l'abus, selon l'exemple de la CNUDCI<sup>368</sup>. Il est vrai que cette section du

---

<sup>365</sup> OCDE – op.cit.p.81

<sup>366</sup> OCDE – op.cit.p.81, article 18

<sup>367</sup> SMALL D. – « Règlement des différends entre un investisseur et l'Etat d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Colloque SFDI, Ed. Pedone, Paris, 1999, p.81

<sup>368</sup> KODAMA Y. – op.cit.p.83

projet d'accord concernant les différends entre un investisseur et un Etat a fait l'objet des nombreuses critiques de la part des délégations<sup>369</sup>.

La question qui a fait l'objet des critiques les plus vives envers ce système de règlement des conflits a été celle de l'exclusion de l'Etat dans le déclenchement de la procédure de règlement des différends mixtes. Selon la formulation de l'article 1, on comprend que seul l'investisseur a compétence pour engager la procédure. Cette saisine unilatérale a été diversement appréciée par les négociateurs de l'AMI, qui ont eu le sentiment que l'Accord servait surtout à cet égard les intérêts des investisseurs et ne prenait pas en compte ou négligeait les intérêts des parties contractantes que sont les Etats. On a pu protester ainsi de ce que l'Accord : « met en place un système de règlement des différends qui permet à ces investisseurs de contester et d'attaquer directement les Etats devant une instance internationale. Il ouvre donc la voie à la création jurisprudentielle d'un nouveau droit international au seul bénéfice des entreprises étrangères<sup>370</sup> ».

## 5. Exceptions et sauvegardes

Cette section est composée de trois rubriques concernant les exceptions générales, les transactions exécutées au titre de la politique monétaire et de taux de change et enfin les sauvegardes temporaires.

La clause des exceptions générales contient cinq articles, dont le premier définit leur champ d'application. Ainsi, on constate que les exceptions ne sont pas applicables à l'ensemble des obligations de l'Accord, car elles ne concernent que l'expropriation, l'indemnisation et

---

<sup>369</sup> KODAMA Y. – op.cit.p.84 : « Il faudrait nuancer le propos car les critiques formulées, à ce paragraphe, sur la procédure de règlement des différends entre un investisseur et un Etat sont tout aussi valables sur la procédure entre Etats ; en effet, les Etats ne seront pas à l'abri des procédures abusives réalisées par des Etats pour y exercer une pression politique ou économique. »

<sup>370</sup> LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – op.cit.p.3

la protection contre les troubles<sup>371</sup>. Selon les commentaires formulés par quelques délégations, ce paragraphe serait d'une part une limitation au pouvoir souverain de négociation d'un Etat et d'autre part une restriction de sa marge de manœuvre quant à la gestion de ses affaires internes. En outre, ce paragraphe semble instaurer une « garantie absolue d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation d'un investissement<sup>372</sup> », assurant ainsi l'investisseur de l'intégralité de ses droits relatifs à la protection des investissements.

Les exceptions générales ont pour fondement principal la sécurité, car il est stipulé qu'une partie contractante peut prendre « toute mesure qu'elle jugera nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité<sup>373</sup> ». Cette mesure est présente dans les accords de l'ALENA, la Charte sur l'énergie ou l'AGCS.

Les mesures relatives à la protection et au maintien de l'ordre public ne doivent pas contourner les effets de l'accord en général, en établissant une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties contractantes ou bien encore une restriction déguisée à l'investissement. Il est également prévu qu'une partie contractante pourra contester les mesures prises par les autres parties, si elle estime que les mesures en cause sont motivées par des raisons économiques ou qu'elles sont disproportionnées par rapport à l'intérêt protégé. Ainsi, elle pourra ensuite demander des consultations avec cette partie en conformité avec la procédure de consultation entre les Etats.

En cas d'échec de la consultation, la partie qui s'estime lésée pourra déclencher la procédure de règlement des différends entre deux Etats. Il reviendra ainsi au tribunal choisi par les parties, d'interpréter ou d'apprécier la portée et les motivations réelles des mesures prises<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> OCDE (Commentaires au texte) – op.cit.p.42

<sup>372</sup> OCDE (Commentaires au texte) – op.cit.p.42

<sup>373</sup> OCDE (Texte consolidé) – op.cit.p.83

<sup>374</sup> OCDE (texte) – op.cit.p.84



Les délégations ont vu dans cette clause une sorte de droit d'ingérence dans la conduite des politiques internes des Etats membres de l'OCDE et signataires de l'AMI<sup>375</sup>.

En ce qui concerne *les transactions exécutées au titre de la politique monétaire et de taux de change*, cette mesure figure dans la plupart des instruments juridiques régissant les investissements directs étrangers. La politique monétaire ou de taux de change permet quelquefois aux parties contractantes de ne pas respecter les obligations de traitement national, du régime de la nation la plus favorisée et enfin de la transparence, avec une limitation pourtant, car les mesures prises à des fins monétaires ne doivent pas masquer « un moyen d'éluder les engagements ou les obligations de la partie contractante au titre de l'accord<sup>376</sup> ».

Pour ce qui est des *sauvegardes temporaires*, le premier paragraphe autorise les parties contractantes à adopter ou maintenir des mesures incompatibles avec les obligations de transfert ou de traitement national pour les opérations transfrontalières de capital. Cette autorisation ne se justifie qu'en cas de graves difficultés de balance des paiements et de graves difficultés financières extérieures ou bien lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, des mouvements de capitaux causent ou menacent de causer de graves difficultés pour la gestion économique, notamment pour la politique monétaire ou de change<sup>377</sup>.

Cet article est dans l'esprit de ceux figurant dans les instruments juridique régissant les investissements directs étrangers, à la différence qu'il apporte un infléchissement à la sauvegarde, en l'associant au non respect de deux obligations. Il est également précisé que les mesures prises doivent être conformes au statut du FMI. En outre, ces mesures

---

<sup>375</sup> OCDE (commentaires) – op.cit.p.42

<sup>376</sup> OCDE (texte) – op.cit.p.85

<sup>377</sup> OCDE (texte) – op.cit.p.85

devraient être temporaires et supprimées dès que la situation le permettrait.

Le projet prévoyait que les mesures prises soient notifiées aux autres parties le plus rapidement possible et soumises à leur approbation six mois après leur adoption et ensuite tous les six mois jusqu'à leur élimination<sup>378</sup>. Ce système de contrôle attestait parfaitement que les sauvegardes étaient perçues comme des entorses à l'esprit de l'Accord qui avait pour objectif de libéraliser le plus possible les investissements.

## **B. Les principales causes de l'échec de l'AMI sur le fond**

L'Accord multilatéral sur l'investissement représentait un effort considérable en vue de la codification et du développement du droit international des investissements.

Etant donné l'importance des efforts déployés pour cette négociation intense et controversée, certains auteurs n'ont pas hésité à comparer, du point de vue de leurs incidences, l'AMI aux Accords de Marrakech<sup>379</sup>. Pourtant, en octobre 1998, les négociations se sont arrêtées et le Projet de l'AMI a été abandonné. La délégation française a été la première à se retirer des négociations<sup>380</sup>.

L'échec de l'AMI a brisé l'élan qui avait porté les pays de l'OCDE vers la conclusion rapide d'un accord complet et ambitieux en matière d'investissement international, mais en même temps il a marqué le passage de l'internationalisation à la mondialisation de l'économie. Sans vraiment le vouloir, cette tentative avortée de la plus importante négociation multilatérale a déclenché un débat sans précédent sur les

---

<sup>378</sup> OCDE (texte) – op.cit.p.85

<sup>379</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. – *Droit international économique*, Précis, 1<sup>re</sup> édition, Ed. Dalloz, 2003, p.420

<sup>380</sup> Le Figaro – « La France claque la porte de l'AMI », 15 octobre 1998, p.1

effets de la mondialisation et sur le rôle de l'investissement international pour le développement durable dans le monde.

Le mandat de négociation qu'avait reçu l'OCDE montre bien les trois préoccupations des promoteurs du projet de l'accord : consolider les principes et les règles de protection de l'investissement ; étendre le principe du traitement national tant à la phase de pré investissement qu'à la phase de post investissement et identifier et éliminer les entraves mises par les Etats à la libre gestion de son investissement par l'investisseur.

La première de ces préoccupations a été presque résolue au fil du temps, car la mondialisation exclue l'intervention économique sous les formes de l'expropriation et de nationalisations, et elle appelle la privatisation des moyens de production. Mais le point névralgique résidait dans les deux préoccupations restantes, surtout parce qu'elles concernaient les relations économiques entre pays développés.

Dans l'analyse des dispositions principales du Projet nous avons constaté que par le jeu du traitement national, il s'agissait de permettre aux entreprises multinationales d'accéder librement, dès la phase de pré investissement, aux marchés nationaux, considérés ici comme des « marchés générateurs de profits, c'est-à-dire des marchés des pays du Nord, qui n'ont pas encore accepté de s'ouvrir librement à l'investissement étranger<sup>381</sup> ». Cela a pu faire dire que « le problème des entreprises multinationales d'origine américaine, c'est moins l'accès au marché zimbabwéen, que l'accès au marché européen<sup>382</sup> ».

Il existe une riche littérature qui souligne les raisons principales de l'échec de cette négociation qui se voulait d'une grande ampleur. Nous nous en tiendrons ici aux considérations qui étaient liées au contenu du projet, plus qu'à sa forme même, concernant notamment ses principes (1), et son incompatibilité avec d'autres instruments (2).

---

<sup>381</sup> LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – op.cit.p.5

<sup>382</sup> JUILLARD P. – « A propos du décès de l'AMI », *AFDI*, 1998, p.598

## 1. Les considérations liées aux principes structurants de l'AMI

Comme il a été constaté, il existe une prolifération accélérée des traités bilatéraux d'investissements à travers le monde, qui confirme au demeurant l'évolution du droit international des investissements dans la voie conventionnelle. Dans ce contexte, l'existence d'un instrument multilatéral pouvait présenter des avantages en se substituant aux instruments bilatéraux tout en améliorant l'état du droit. Seulement, la multiplication des instruments bilatéraux est avant tout le fait des pays européens et, des deux côtés de l'Atlantique, la pratiques des instruments bilatéraux n'est pas la même<sup>383</sup>.

Les pays européens dispose d'un modèle de convention bilatérale qui permet de garder un juste milieu entre les préoccupations des pays développés et les appréhensions des pays en développement. Cette préoccupation garantit, d'une part la pleine et entière protection et la sécurité des investissements étrangers, d'autre part, la promotion des investissements à travers des garanties contre le risque politique, dans le respect des priorités économiques de l'Etat d'accueil. En ce qui concerne l'admission des investissements, ces instruments garantissent le pouvoir de contrôle de l'Etat d'accueil, et de ce fait, la souveraineté des pays en développement reste préservée.

A l'opposé, le modèle américain est fondé sur l'élimination de tout contrôle de l'admission des investissements, afin de préserver la libre circulation des investissements américains. Ainsi, les entrepreneurs américains pourraient à travers les localisations les plus favorables, voire les délocalisations, diminuer leurs coûts et conquérir des marchés extérieurs, d'où la valeur accordée par les Etats-Unis au principe du traitement national que ce soit dans la phase pré-investissement ou dans la phase post-investissement<sup>384</sup>. Dans ces conditions, « il n'est pas

---

<sup>383</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.52

<sup>384</sup> JUILLARD P. – (AFDI) op.cit.p.596

faut de soutenir que les traités européens et les traités américains, appartiennent à deux générations conventionnelles qui, tant du point de vue chronologique que du point de vue logique, ne peuvent se confondre l'une à l'autre».

On comprend dès lors que les traités conclus par les Etats-Unis ont apportés aux investisseurs américains un niveau de protection plus élevé par rapport à leurs concurrents européens. Si, dans cette négociation, les Etats-Unis se sont impliqués et l'ont même provoquée<sup>385</sup>, c'était pour obtenir une concession de la part des européens, notamment l'extension du traitement national à la phase de pré-investissement, afin de pouvoir pénétrer le marché européen selon leur conception de l' « *open door policy* ». Cette vision politique américaine ayant comme conséquence une égalisation des conditions pour les entreprises multinationales et les entreprises nationales opérant sur les marchés, entendait poursuivre son avantage en imposant dans le projet d'AMI des devoirs supplémentaires aux Etats d'accueil face aux entreprises multinationales. Ainsi, selon le professeur Juillard, « l'effacement de l'Etat, dans sa propre sphère de compétences économiques, combiné avec l'affirmation du principe du traitement national, aboutit à donner aux entreprises multinationales une liberté d'action dont celles-ci n'avaient jamais bénéficiées<sup>386</sup> ».

Mais les critiques n'ont pas tardé à se faire entendre : le projet d'AMI se présentait donc comme une charte des droits de l'entreprise multinationale et des devoirs économiques de l'Etat. En effet, il s'agissait de créer un cadre sans risques pour les investisseurs, pour préserver leurs intérêts particuliers au détriment des préoccupations des Etats, c'est-à-dire de l'intérêt général. Sur cet aspect, les réactions des délégations ont été très vives<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> JUILLARD P. – (AFDI) op.cit.p.597

<sup>386</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.58

<sup>387</sup> DEGER M. – « Selon le Premier Ministre français : « une chose est de consentir des délégations de souveraineté dans le cadre d'une Communauté qui est la nôtre, celle de l'Union Européenne, dans son processus contrôlé par les Etats, dans une aventure

Ce déséquilibre était encore accentué par le mécanisme de règlements des différends, très efficace, et qui était conçu dans son volet concernant l'arbitrage entre un investisseur et un Etat, pour « donner le pas aux intérêts particuliers des entreprises multinationales sur l'intérêt général que représentent les Etats<sup>388</sup> ». Ainsi, les critiques ont-elles souligné une fois de plus que « l'AMI sert les intérêts de quelques grandes entreprises qui disposent des moyens financiers pour livrer des batailles juridiques<sup>389</sup> ».

D'autres critiques, pas moins fondées, ont fait référence aux « exceptions générales » prévues au principe du traitement national, et qui normalement visent la protection de la sécurité nationale. Le Projet autorisait également les Etats contractants à formuler des « exceptions spécifiques ». En matière économique, la technique la plus utilisée pour formuler de telles exceptions au traitement national repose sur l'énumération, de façon positive, des domaines dans lesquels le principe sera appliqué.

Par rapport aux méthodes de l'OMC, l'OCDE a employé une autre technique, plus exigeante, qui consistait à énumérer de façon négative, les domaines dans lesquels les pays ne prendront aucun engagement de libéralisation. Ce qui signifie que les secteurs qui n'auraient pas été compris dans les listes énumératives se seraient trouvés soumis à l'application du principe du traitement national<sup>390</sup>. Plus exigeante, cette technique des listes négatives semblait jouir d'une certaine faveur auprès des pays développés<sup>391</sup>.

En général, dans le texte de l'AMI, la plupart des articles posait comme principe la norme la plus élevée dans un domaine et n'acceptait

---

historique qui a, pour nous tous, une importance considérable ; une autre est de concéder des bandons de souveraineté à des intérêts privés sous prétexte de la discussion d'un code international d'investissement. » dans « La France ne reprendra pas les négociations sur l'AMI », *La Tribune*, 1998, p.5

<sup>388</sup> JUILLARD P. – op.cit..64

<sup>389</sup> LALUMIERE C. ;LANDAU J-P. – op.cit.p.8

<sup>390</sup> JUILLARD P.- op.cit.p.68

<sup>391</sup> CARREAU D. ; JUILLARD P. - op.cit.p.423

comme tempéraments que des exceptions figurant sur une liste. Cette approche est communément dénommée « du haut vers le bas » (*top down*)<sup>392</sup>. Mais les Etats n'ayant pas fait preuve d'une extrême précision en la matière, ils risquaient de réaliser plus tard que des secteurs qu'ils comptaient protéger se trouvaient inclus de fait dans le champ d'action du principe du traitement national. De plus, cette approche présentait l'inconvénient d'exclure d'avance les nouveaux domaines qui pouvaient survenir du fait des avancées techniques ou technologiques.

Dans la même lignée, se sont inscrites des critiques contre les « nouvelles disciplines », qui imposaient aussi des devoirs aux Etats sans aucune contrepartie pour les entreprises. Il y était prévu la privatisation et l'élimination des mesures nationales qui infligeraient un désavantage concurrentiel aux entreprises étrangères par rapport aux entreprises nationales, dont notamment l'obligation de résultat. Ce volet a aussi été perçu comme une « nouvelle offensive du marché contre l'Etat dans tous les domaines<sup>393</sup> », y compris non commerciaux.

Toujours sur la question du contenu de l'Accord, il faut souligner la présence d'un nombre non négligeable d'articles dont la formulation n'était pas encore définitive. Il n'est pas étonnant de ce point de vue, que les pays membres de l'OCDE aient réagi devant le caractère inachevé du projet.

De la même manière on constate la présence des crochets, des notes interprétatives et le renvoi à des notes de bas de page, qui accentuent le caractère inachevé de l'Accord. Il y avait également des articles présentant plusieurs options de rédaction, ce qui renforçait la conviction que le Groupe de négociation, face à l'avalanche des remarques, n'avait pas pu gérer les informations reçues afin de les transcrire en dispositions définitives.

---

<sup>392</sup> STERN B. – op.cit.p.120

<sup>393</sup> JUILLARD P. – op.cit.p.59

Un aperçu général de l'Accord laisse entrevoir la façon dont il a été conçu, sur un axe consistant en ce que la moindre mesure de libéralisation décidée devenait irréversible une fois adoptée. Une des critiques les plus générales visait cet « effet cliquet »<sup>394</sup>. Selon les critiques, il aurait été plus simple, afin de ne pas provoquer ce sentiment de contrainte chez les pays membres, de proposer plutôt le mécanisme de « déconsolidation » en vigueur au sein de l'OMC. En effet, dans ce système, il appartient aux pays membres « de revenir sur un engagement, moyennant l'octroi des compensations à ses partenaires commerciaux<sup>395</sup> ». Ce système aurait offert une marge de manœuvre aux Etats, leur permettant de répondre à leurs besoins conjoncturels tout en assurant une compensation aux autres Etats membres.

Une autre caractéristique de l'Accord était sa rigidité, car il ne prévoyait aucune clause permettant d'atténuer ses effets. Du fait de la recherche d'un très haut degré de libéralisation, l'Accord ne prévoyait pas de notables atténuations aux principes prônés. Cela permettait d'en déduire que, malgré l'ambition affirmée d'en faire un accord planétaire, le projet d'Accord ne tenait pas compte de la situation spécifique des pays en développement. Il aurait été au contraire judicieux de prévoir des atténuations à l'égard de ces pays, afin de leur donner du temps pour préparer le processus de libéralisation. Il aurait notamment été possible de les dispenser de l'application de certaines règles pendant un certain laps de temps, ou de subordonner l'application d'une mesure déterminée au degré de développement atteint.

En somme, l'accord aurait dû stipuler dans son préambule, comme il est prévu par exemple dans le préambule des différents accords OMC, que les pays en développement bénéficieraient d'un traitement spécial ou différent. Il aurait pu aussi y avoir une disposition

---

<sup>394</sup> VADCAR C. – « Effet empêchant un Etat de revenir sur une mesure de libéralisation par application combinée des clauses de démantèlement (roll back) et des clauses de statu quo (stands till) » dans « Un droit communautaire pour l'investissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'union Européenne*, no.448, 2001, p.337

<sup>395</sup> LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – op.cit.p.10



sur l'absence de réciprocité relative aux concessions et aux engagements définis par l'Accord<sup>396</sup>.

## 2. L'incompatibilité de l'AMI avec d'autres instruments

Pour expliquer l'échec du texte proposé à la négociation il faut encore souligner d'autres éléments, liés à la fois à son contenu et sa forme. Plusieurs aspects couverts par l'AMI, comme les services, la propriété intellectuelle et les investissements liés aux marchandises étaient déjà traités dans les accords OMC, notamment l'AGCS, l'ADPIC et l'accord MIC.

Si on prend l'exemple des services, qui entrent dans le champ d'application de l'AMI, la présence commerciale, donc l'établissement des personnes physiques ou morales, constitue un mode de fourniture des services assimilé dans l'AGCS aux investissements directs étrangers. Ainsi, dans le cadre de l'AMI, aurait été accordé un traitement préférentiel à certains Etats, car en vertu du principe du traitement national et du traitement de la clause NPF, un Etat non membre devrait bénéficier des mesures applicables aux Etats membres de l'Accord. Or une telle disposition est incompatible avec les obligations des Etats membres de l'OMC<sup>397</sup>.

En matière de règlement des différends, d'autres aspects contradictoires apparaissent entre les deux instruments. Ainsi, concernant les litiges entre un investisseur et l'Etat d'accueil, dans l'AMI, un investisseur ressortissant d'un pays non membre, agissant contre un Etat membre de l'AMI, aurait pu demander à bénéficier de la possibilité de choisir la juridiction conformément aux règles de l'Accord. En revanche, dans le cadre de l'OMC, l'investisseur privé doit

---

<sup>396</sup> GANESAN V. – op.cit.p.26

<sup>397</sup> ALDONAS G. – « Multilateral Investment Agreement », *The International Lawyer, International Law and Practice*, 1997, vol.31, no.2, p.448

convaincre son Etat pour qu'il engage la procédure de règlement des différends, sous condition pour les deux parties au litige, d'être membres de l'OMC.

Toujours par comparaison avec l'accord AGCS, dans le domaine culturel, l'AMI aurait eu des effets assez singuliers. C'est en particulier cette constatation qui a amené la délégation française à proposer un texte excluant le domaine culturel du champ d'application de l'AMI. En effet, la question sous adjacente, concernant l'oeuvre culturelle en général, était de savoir si, dans le cadre de l'AMI, certains Etats auraient été en droit de réclamer, et ensuite, d'obtenir, des droits qu'ils n'ont pas pu obtenir dans le cadre de l'OMC<sup>398</sup>.

Des interrogations similaires ont été formulées à l'égard des autres accords, dont l'ADPIC, d'autant plus que dans le projet d'AMI, l'article sur la propriété intellectuelle n'avait pas été achevé. Pour ces plusieurs raisons, le partage des compétences entre ces différents accords n'était pas réglé.

D'autres incompatibilités se sont encore révélées entre le projet d'AMI et le droit communautaire, concernant la question de la « préférence communautaire », avec ses conséquences. La délégation française a ainsi proposé un texte<sup>399</sup> permettant de maintenir un traitement préférentiel aux investisseurs de l'Union européenne, texte qui avait été retenu.

Un autre sujet brûlant qui a amplifié les mécontentements des négociateurs et l'échec final de l'AMI, tiennent à l'existence des lois extraterritoriales américaines de 1996. Il s'agissait de la loi Helms-Burton qui s'appliquait aux entreprises réalisant des investissements à Cuba, et de la loi Amato-Kennedy qui interdisait à toute entreprise dans

---

<sup>398</sup> HUBIN C. – op.cit.p.956

<sup>399</sup> RIEMER B. – « La France veut limiter les appétits des Etats-Unis », *La Tribune*, fèv.1998, p.2

le monde d'effectuer un investissement de plus de quarante millions de dollars par an pour le développement du secteur pétrolier et gazier en Iran et en Libye<sup>400</sup>. Ces deux lois prévoyaient en ensemble des sanctions à l'égard des entreprises qui ne respecteraient pas ces dispositions. Elles avaient donc pour conséquence de restreindre drastiquement l'investissement étranger en exerçant des pressions commerciales sur les pays qui ne les respecteraient pas<sup>401</sup>. L'Union européenne et le Canada en particulier ont considéré que ces lois constituaient une forme de régulation des investissements et qu'elles devaient dès lors être soumises aux règles de l'AMI<sup>402</sup>.

D'une manière générale, laisser exister des mesures nationales à portée extraterritoriale qui empêcheraient les pays membres de l'OCDE de réaliser des investissements allait clairement à l'encontre de champ d'application de l'AMI.

De plus, « ces lois transgressent tant les règles du droit international classique que celles du droit international économique placé sous les auspices de l'OMC. [...] L'absence de concertation entre les Etats des législations économiques internationales apparaît comme une pratique contraire aux règles du droit international économique<sup>403</sup>. »

En fin de compte, le retrait de la délégation française aurait pu être motivé également par cette question, d'autant plus que par la suite, la France devait poser comme préalable à toute poursuite des négociations que les lois extraterritoriales soient supprimées.

---

<sup>400</sup> SEPPALA R. C. – « La pratique américaine récente : les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », in GHERARI H. ; SZUREK S.(sous la direction de ) – *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Cahiers Internationaux, CEDIN, Université Paris X Nanterre, Ed. Montchrestien, 1998, p.83

<sup>401</sup> SZUREK S. – « Le recours aux sanctions », in GHERARI H. ; SZUREK S.(sous la direction de ) – *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Cahiers Internationaux, CEDIN, Université Paris X Nanterre, Ed. Montchrestien, 1998, p.23

<sup>402</sup> PACE V. – *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Ed.l'Harmattan, 2000, p.138

<sup>403</sup> PACE V. – op.cit.p.141

## C. Les réactions de la société civile

Entre mai 1995 et avril 1997, le texte du Projet d'AMI était resté confidentiel de la part des gouvernements concernés. Ainsi, « pendant deux ans, a régné une forte opacité sur les négociations ayant lieu au sein de l'OCDE <sup>404</sup> », car ni les opinions publiques, ni les représentations parlementaires ne connaissaient l'existence de ce projet.

En avril 1997, une délégation participant à la rédaction de l'Accord le fit parvenir à une organisation militante canadienne. Cette dernière, après avoir minutieusement analysé les enjeux de cette négociation conclut « que les dangers potentiels de l'AMI étaient pratiquement aussi graves pour les pays du Nord que pour ceux du Sud, que tout ceci modifiait complètement la vie quotidienne des habitants de cette planète. Il y avait une grande urgence à le dénoncer<sup>405</sup> ». Ce document est alors diffusé sur le réseau Internet<sup>406</sup>.

A partir de ce moment, une grande inquiétude gagne les mouvements associatifs internationaux qui considèrent que cette « libéralisation totale des investissements ne s'embarrasse nullement des contraintes d'ordre social, fiscal ou écologique. Les Etats signataires ne seraient plus maîtres de leur destin et seule une oligarchie financière régenterait la planète<sup>407</sup>.

Ainsi, en France, les mouvements associatifs ont-ils informé les hommes politiques qui ont imposé au Premier ministre une mission d'information. En séance à l'Assemblée nationale une question sur l'objet réel de l'AMI fut posée. Ainsi, « pour la première fois, le

---

<sup>404</sup> LALUMIERE C. – op.cit.p.97

<sup>405</sup> L'Observatoire de la Mondialisation – « Lumière sur l'AMI. Le test de Dracula », *L'Esprit frappeur*, Paris, 1998

<sup>406</sup> [www.ecoropa.org](http://www.ecoropa.org)

<sup>407</sup> LUCAS D. ; TIFFREAU A. – *Guerre économique et information : les stratégies de subversion*, Ed. Ellipses, Paris, 2003, p.151

gouvernement français assiste à l'émergence d'une société civile mondiale, consciente des enjeux liés aux négociations économiques et dont les représentants parfaitement informés, présentent des critiques bien argumentées sur le plan juridique<sup>408</sup>. Mais plus encore, en moins d'un an, à la suite de la mise en ligne sur le réseau Internet du texte de l'AMI, « naissait une citoyenneté mondiale virtuelle<sup>409</sup> ». Cela a permis d'interpeller l'OCDE et d'impliquer la presse. Cette opération que n'avaient pas envisagée les instigateurs du texte a alors fortement perturbé la négociation<sup>410</sup>.

La décision unilatérale de la France de se retirer à la suite de la pression imposée par la société civile, a démontré « la valeur de la gestion de l'information utilisée dans son expression offensive et l'éclosion d'une nouvelle forme d'activisme<sup>411</sup> » et permet de constater que la société civile est devenue un élément dont l'Etat ne peut plus faire abstraction même dans les domaines qui relèvent de l'exercice d'un pouvoir régalien comme une négociation diplomatique internationale<sup>412</sup>.

Ce phénomène doit désormais inciter les acteurs économiques à considérer l'importance des mouvements de résistance dont les actions se radicalisent avec les nouvelles technologies de communication. Aujourd'hui le pouvoir de mobilisation des mouvements anti-mondialistes ou alter-mondialistes est considérable. Dans son combat contre le projet d'AMI, la société civile internationale a fait preuve de sa capacité à influencer directement le contenu des négociations internationales.

Dans ce contexte, il est absolument indispensable de concevoir des règles minimales pour encadrer les comportements sur la scène internationale des différents acteurs économiques. Mais pour certains

---

<sup>408</sup> LALUMIERE C ; LANDAU J-P. – op.cit.p.12

<sup>409</sup> JESOVER L. – [www.attac.org](http://www.attac.org)

<sup>410</sup> LUCAS D. ; TIFFREAU A. – op.cit.p.154

<sup>411</sup> LUCAS D. ; TIFFREAU A. – op.cit.p.156

<sup>412</sup> ROSIAK P. – op.cit.p.258

observateurs cependant, « s'il est généralement admis que le cycle d'Uruguay a marqué une nouvelle étape dans la mondialisation comme dans la restauration de l'hégémonie américaine, on a moins remarqué que le cadre juridique de l'OMC s'inspire très largement du modèle américain. En effet, les nouvelles règles du commerce mondial sont pour l'essentiel une transposition en droit international des lois américaines. Elles profitent essentiellement aux Etats-Unis et leur application induit une exportation du modèle américain<sup>413</sup> ».

On peut toutefois relever que, depuis peu de temps, les jugements et les verdicts rendus par l'OMC, ont tendance à être plus équilibrés, bien qu'il persiste encore d'importantes inégalités « devant les ressources intellectuelles et financières nécessaires pour faire plein usage du mécanisme<sup>414</sup> ».

Malgré les controverses idéologiques sur le régionalisme commercial, dans la réalité, les accords régionaux renforcent le processus de libéralisation des marchés et lui facilitent la mise en œuvre à l'échelle multilatérale. Le phénomène régional, sous ses différentes formes, peut contribuer à une juridicisation nouvelle de la société mondiale. Le cadre régional permet une meilleure applicabilité des règles, car en raison de la proximité, il garantit un contrôle et des mécanismes de sanction plus adaptés. De ce fait, il est propice à des expérimentations qui pourraient ensuite se généraliser dans le droit international.

---

<sup>413</sup> COSTE J-H.;CROCHET A.; FRAYSSE O.; PERON M. (coordonné par ESPOSITO M-C. et AZUELOS M.) – *Mondialisation et domination économique*, Ed. Economica, Paris, 1997, p.3

<sup>414</sup> GRAZ J-C. – *La gouvernance de la mondialisation*, Coll. Repères, Ed. La Découverte, Paris, 2004, p.84

## CONCLUSION

Les investissements directs étrangers représentent une des sources les plus convoitées de financement de l'économie et tous les pays de la planète sont en concurrence pour attirer les capitaux étrangers. L'importance et le rôle des capitaux étrangers dans le développement économique des sociétés contemporaines ont influencé la réglementation des investissements étrangers.

Le droit en matière d'investissements directs étrangers a évolué lentement suite à des confrontations politiques, idéologiques, mais surtout économiques entre les pays. Son caractère international s'est affirmé difficilement au fil du temps, avec un certain décalage temporel par rapport aux changements intervenus dans les relations économiques, déployés à l'échelle planétaire, entre différents partenaires. En grandes lignes, cette évolution correspond à des acceptions différentes du concept de souveraineté et du rôle de la juridiction nationale par rapport au droit international. Malgré une importance accrue, pour une longue période de temps, les investissements étrangers sont restés attachés, à l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil, avec quelques rares exceptions. Ainsi, l'Etat définissait le droit depuis l'admission de l'investissement sur son territoire jusqu'à son éventuelle liquidation. Tout différend survenu dans l'application du droit devait être soumis aux juridictions nationales du pays d'accueil afin d'être réglé conformément au seul droit local.

Pendant quelques décennies, le droit international en matière d'investissements a traversé une phase de grande incertitude, avec des difficultés d'intégration des normes régissant l'investissement étranger dans le droit international. Cette controverse juridique était l'expression en matière de droit de la confrontation d'intérêts économiques entre les pays exportateurs des capitaux et les pays d'accueil, importateurs de

ces capitaux. Afin de surmonter les réticences des pays en développement à l'égard de la protection internationale des investissements étrangers, se sont diversifiées les instances de négociation interétatique, en marquant ainsi une nouvelle étape vers l'internationalisation du droit de l'investissement étranger.

A peu près à la même époque ont été jetées les bases des mécanismes conventionnels qui aujourd'hui encore constituent l'essentiel du régime des investissements Nord-Sud. Toutes les tentatives, plus ou moins réussies, de réglementation de l'investissement direct étranger au niveau multilatéral, pendant la décennie des années 1970, ont contribué au processus d'internationalisation du droit des investissements.

Avec l'essor des entreprises multinationales et l'internationalisation de l'activité économique, il s'est manifesté la volonté de stabiliser les relations contractuelles entre Etats souverains et entreprises, à travers la réglementation des investissements directs étrangers. Malgré des considérables controverses, il s'est imposé l'idée que les règles internationales seraient appropriées pour être appliquées aux investissements directs étrangers et aux entreprises multinationales. Progressivement les Etats ont renoncé à leur droit unilatéral de régir l'économie, et par extension, à définir le régime juridique de l'investissement.

A partir des années 1980 la tendance générale à la libéralisation de l'environnement légal, réglementaire et institutionnel a eu comme conséquence un grand retournement vers les investissements étrangers, avec la prolifération des accords bilatéraux. L'augmentation du nombre des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers a entamé la maturation du droit des investissements et a conduit à l'émergence d'un réseau des traités au niveau mondial, en permanent état d'évolution.



Par leur nombre et par les similarités qu'ils présentent, les traités bilatéraux contribuent à la création du droit international coutumier et ainsi à l'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers. Ils ont aussi une influence significative sur les autres types d'accords concernant les investissements, vu que des innovations introduites par un pays dans un traité se retrouvent dans tous les traités négociés avec d'autres pays. Les traités bilatéraux peuvent avoir aussi une contribution importante dans l'élaboration des règles au niveau régional et multinational si ces types d'accord se renforcent mutuellement.

Dans la perspective des relations internationales et de la mondialisation de l'économie, un deuxième phénomène d'une importance historique pour l'évolution du droit international des investissements, s'est manifesté par la multiplication sans précédent des arrangements régionaux. Le mouvement vers le régionalisme est dû en partie aux difficultés rencontrées dans les négociations du cycle Uruguay et à la détérioration des relations commerciales entre les Etats-Unis et le Japon.

L'accroissement du nombre des ententes régionales s'inscrit dans la dynamique de la réglementation des investissements directs à l'étranger, destinée à élargir les marchés et à exploiter les synergies dans des zones de proximité géographique. Pour les pays en développement, le régionalisme devenait le moyen d'atténuer leur insuffisance économique et leurs faiblesses politiques dans les relations internationales.

Les accords régionaux, sous leurs différentes formes, contribuent à une juridisation nouvelle de la société mondiale. Selon leur envergure, les traités régionaux sont des traités multilatéraux, dans lesquels le droit international a pris définitivement sa place, afin de fournir des solutions équilibrées, capables de prendre en compte la diversité des situations concrètes. Le cadre régional permet une meilleure

applicabilité des règles, et en raison de proximité, il assure un meilleur contrôle et des mécanismes de sanction plus adaptés.

Le processus d'investissement exerce des pressions permanentes sur les décideurs politiques, à tous les niveaux, pour créer un cadre législatif adéquat, afin d'harmoniser les besoins et les possibilités de l'économie mondiale. Néanmoins, les gouvernements veulent avoir la garantie que leurs décisions et leurs actions en matière d'investissements permettront à leur propre économie nationale de bénéficier du développement et de la croissance mondiale.

Cependant, dans le contexte de la mondialisation, les marchés gagnent plus d'importance et la place et le rôle des Etats changent, en faveur des entreprises multinationales et des organisations internationales. En même temps, la panoplie des intervenants dans le processus d'investissements s'est élargie et le droit international en matière d'investissements directs étrangers devrait s'adapter à ces nouveaux protagonistes, afin de les responsabiliser et de les assujettir aux règles juridiques, en terme des droits, mais surtout en terme d'obligations. Pour ces raisons la réglementation juridique des investissements directs étrangers est de plus en plus acceptée comme un problème international.

La tentative de l'AMI représente un pas important dans cette direction. Malgré son échec, cette tentative a mis en évidence l'importance et la nécessité, pour la stabilité du système multilatéral en matière d'investissements directs étrangers, de concevoir un instrument multilatéral global, généralement accepté, avec la mobilisation et la concertation de tous les participants.

Un accord multilatéral sur les investissements pourrait consacrer l'avènement d'un droit international en matière d'investissements. Sa négociation au sein de l'OMC pourrait faire bénéficier au plus grand nombre des pays les avancées significatives obtenues lors de la

conclusion d'accords précédents et, en même temps, assurerait une sécurité plus importante quant à la violation de l'éventuel accord.

Une fois ratifié, cet accord assurera un niveau minimum de protection et de traitement des investissements, en reflétant de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil. Il sera bénéfique à tous les participants au processus d'investissement, car il servira de cadre de référence aux nombreux acteurs économiques désirant investir de par le monde. Un tel instrument qui échappe aux rapports de pouvoir au niveau mondial, offrirait la réponse à la demande manifeste de régulation planétaire. Il serait ainsi un outil juridique permettant de gérer autrement la mondialisation économique.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ATTAR F. – *Le droit international entre ordre et chaos*, Ed. Hachette, Paris, 1994

BADIE B. – *La fin des territoires*, Ed. Fayard, Paris, 1995

BAUCHET P. – *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'Etat*, Ed. CNRS, Paris, 2003

BERGER S. – *Notre première mondialisation : Leçons d'un échec oublié*, Ed. Seuil et La République des Idées, 2003

BONIFACE P. – *Le monde contemporain: grandes lignes de partage*, Ed. Quadriga, 2003

BUCKLEY P.J., CASSON M. – *The Future of the Multinational Enterprise*, McMillan Ed, London, 1991

CANTWELL J.A. – *Technological Innovation and Multinational Corporations*, Oxford, 1989

CHESNAIS F. – *La mondialisation du capital*, Ed. Syros, Paris, 1997

CIABRINI S. – *Les services dans le commerce international*, Coll. Que sais-je?, PUF, Paris, 1996

COLARD D. – Recueil de textes internationaux: *La Société internationale de l'après-guerre froide*, Ed. Hachette, Paris, 1998

COSTE J-H.; CROCHET A.; FRAYSSE O.; PERON M. (coordonné par ESPOSITO M-C. et AZUELOS M.) – *Mondialisation et domination économique*, Ed. Economica, Paris, 1997

COWLING K., SUDGEN R. - *Transnational Monopoly Capitalism*, Brighton Pbs, London, 1987

CREPEAU F.(sous la direction de) – *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat* ; Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997

DELAPIERRE M. ; MILELLI C. – *Les firmes multinationales*, Coll. Thémathèque, Ed. Vuibert, Paris, 1995

DEL VALLE A. – *Guerre contre l'Europe*, Ed. Des Syrthe, 2000

DUNNING J.H. – *International Production and the Multinational Enterprise*, George Allen & Unwin Publisher, London, 1981

DUNNING J. – *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Addison-Wesley Ed; New York, 1993

GOLDMAN B.; FRANCESCAKIS P.(sous la direction de) – *L'entreprise multinationale face au droit*, Ed. Litec, Paris, 1977

GRAZ J-C. – *La gouvernance de la mondialisation*, Coll. Repères, Ed. La Découverte, Paris, 2004

GUILHON B. – *Les firmes globales*, Ed. Economica, Paris, 1998

GUILLAME P.; DELFAUD P. – *Nouvelle histoire économique: le XXe siècle*, Ed. Armand Colin, Paris, 1992

HARRISON A. ; DALKIRAN E. ; ELSEY E. – *Business international et mondialisation: vers une nouvelle Europe*, Coll. Ouvertures économiques, Ed.De Boeck, Bruxelles, 2004

HATEM F. – *Les multinationales en l'an 2000*, Ed. Economica, 1995

KNICKERBOCKER F.T. – *Oligopolistic Reaction and the Multinational Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 1973

KRUGMAN P. – *Geography and Trade*, Cambridge MIT Press, 1991

LAFAY G.; FREUDENBERG M.; HERZOG C.; UNAL-KESENCI D. – *Nations et mondialisation*, Ed. Economica, Paris, 1999

LAÏDI Z. – *Un monde privé de sens*, Ed.Fayard, Paris, 1996

LEJBOWICZ A. – *Philosophie du droit international*, Ed. PUF, Paris, 1999

LEMAIRE J-P. – *Stratégies d'internationalisation : développement international de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Dunod, Paris, 2003

LUCAS D. ; TIFFREAU A. – *Guerre économique et information : les stratégies de subversion*, Ed. Ellipses, Paris, 2003

MORAND Ch. A. (sous la direction de) – *Le droit saisi par la mondialisation*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001

MORIN F. – *La structure financière du capitalisme français*, Ed.Calman-Levy, Paris, 1974

NEFF S. – *Friends but not Allies: Economic Liberalism and the Law of Nations*, Columbia University Press, 1990

- OHMAE K. – *The Borderless World*, Collins Ed., London, 1990
- O'ROURKE K.; WILLIAMSON J. – *Globalization and History*, Cambridge, MIT Press, 1999
- PORTER M.E. - *The Competitive Advantage of Nations*, McMillan Ed., London, 1990
- RAMONET I. – *Géopolitique du chaos*, Ed.Gallimard, Paris, 2002
- REY J.; ROBERT E. – *Institutions économiques internationales*, Ed.Bruylant, 2è Edition, Bruxelles, 1996
- RUGMAN A. – *Inside the Multinationals: the Economics of Internal Market*, Croom Helm Publisher, London, 1981
- RUGMAN A., VERBEKE A. – *Global Corporate Strategy and Trade Policy*, Routledge Ed., London 1990
- SACHS J., WARNER A. – *Economic Reform and the Process of Global Integration*, Brookings Papers on Economic Activities, Washington DC, 1995
- SEMEDO G.; VILLIEU P. – *Mondialisation, intégration économique et croissance: Nouvelles approches*, Ed. L'Harmattan, Paris, 1998
- STIGLITZ J. – *La grande désillusion*, Ed. Fayard, Paris, 2002
- TODD E. – *L'illusion économique: Essai sur la stagnation des sociétés développées*, Ed. Gallimard, Paris, 2003

## **II. OUVRAGES SPECIALISÉS**

- BAKER C.J. - *Foreign Direct Investment in Less Developed Countries: The Role of ICSID and MIGA*, Quorum Books, London, 2000
- BARLOW M.; CLARKI T. – *MAI and the Threat to American Freedom*, Stoddart Publishing Ltd., New York, 1998
- BOISSEAU DU ROCHER S. – *L'ASEAN et la construction régionale en Asie du Sud-Est*, Ed. L' Harmattan, Paris, 1998
- BOUYEURE C. – *L'Investissement international*, PUF, Paris, 1993
- BRADLOW D.; ESCHER A. – *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Kluwer Law International, The Hague, 2000

BREWER T.; YOUNG S. – *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, 1998

CARREAU D. ; JUILLARD P. – *Droit international économique*, Précis, 1<sup>re</sup> édition, Ed. Dalloz, 2003

CECIMENE F.; MUCHIELLI J.L. – *Mondialisation et régionalisation: Un défi pour l'Europe*, Ed. Nathan, Paris, 1993

CHAGNOLLAUD JP. – *Relations internationales contemporaines: Un monde en perte de repères*, Ed. L'Harmattan, Paris, 1999

CHAN S. – *Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy*, McMillan Press Ltd., London, 1995

COMEAX P.; KINSELLA S. – *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publications Inc.; New York, 1996

DE MELO J.; PANAGARIA A. – *New Dimensions in Regional Integration*, Center for Economic Policy Research, Cambridge, 1993

DEVILLE H. – *L'intégration des espaces économiques: Politiques commerciales et économiques*, Ed. Academia, Bruylant, 2003

DOLZER R.; STEVENS M. – *Bilateral Investment Treaties*, The Hague :Kluwer Publisher, 1995

DUNNING J.; NARULA R. – *Foreign direct investment and governments: Catalysts for economic restructuring*, Routledge Pbsh., London, 1997

EASSON A. – *Taxation of Foreign Direct Investment: An Introduction*, Kluwer Law International, London, 1999

ETHIER W.J. – *Regionalism and Globalisation*, Lahiri Publisher, Routledge, London, 2001

FAINI R.; GRILLI E. – *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*, McMillan Press Ltd, London, 1997

FATOUROS A. – *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, 1962

FITZGERALD E. ; CUBERO-BREALEY R. ; LEHMANN A. – *The Development Implications of the MAI*, Department for International Development, Finance and Trade Policy Research Centre, Oxford University, 1998

FLORY T. – *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1999

FOIGHÉL I. – *Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, Stevens Publisher, London, 1957

FOLSOM H.R. – *Accord de libre-échange nord-américain*, Coll. Etudes Internationales, Ed. Pedone, Paris, 2004

FRIEDMAN S. – *Expropriation in International Law*, Stevens Publisher, London, 1953

GHERARI H. ; SZUREK S.(sous la direction de) – *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Cahiers Internationaux, CEDIN, Université Paris X Nanterre, 1998

GRIFFITH-JONES S. – *Global Capital Flows: Should they be regulated?*, McMillan Press, London, 1998

HATTAB-CHRISTMANN M., ISLA A. – *La réglementation des investissements directs étrangers: De la souveraineté nationale au marché mondial*, Cahiers de recherche no.2, LEREPS, Université de Toulouse, 2002

HOOD N.; YOUNG S. – *The Economics of Multinational Enterprise*, Longman Ed., London, 1989

HUNYA G. – *Integration through Foreign Direct Investment: Making Central European Industries Competitive*, Edward Elgar Publishing Limited, England, 2000

HYMER S.H. – *The International Operations of National Firms: A Study of Direct Investment*, Cambridge, MIT Press, 1976

JACQUET P.; MESSERLIN P.; TUBIANA L. – *Le cycle du millénaire*, Conseil d'Analyse Economique, Paris, 2000

JUILLARD P - *Perspectives économiques et juridiques : Contrats internationaux et pays en développement*, publié avec le concours du Ministère de la Coopération et du développement, Ed. Economica, Paris, 1989

JUILLARD P.; CARREAU D. – *Droit international économique*, 4<sup>e</sup> Edition, L.G.D.J., Paris, 1998

JULIUS D. – *Global Companies and Public Policy*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1990

JULIUS D. - *International direct investment: strengthening the policy regime. Managing the world economy: fifty years after Bretton Woods*, Institute for International Economics, Washington D.C, 1994



KATZAROV K. – *Theory of nationalization*, Martin Nijhoff, The Hague, 1964

KHAVAND F. – *Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l'OMC*, Coll. Economie et Sciences sociales, Ed. Nathan, Paris, 1997

KINDLEBERGER C.P. – *American Business Abroad: Six Lectures on Direct Investment*, Yale University Press, 1969

KINDLEBERGER C.P. – *The Multinational Corporation in the 1980s*, MIT Press, Cambridge, 1983

KOULEN M. – *Foreign investment in the WTO. Multilateral regulation of investment*, The Hague: Kluwer Law International, 2001

LAVIEC JP. – *Protection et promotion des investissements : Etudes de Droit International Economique*, PUF, Paris, 1985

LANDAU A. – *L'Uruguay Round : Conflit et coopération dans les relations économiques internationales*, Coll. Axes Savoir, Bruylant Bruxelles, 1996

LEBEN Ch. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle : A propos de 30 ans de recherches du CREDIMI – Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000

LEBEN Ch. – *Le droit international des affaires*, PUF , 2003

LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.(sous la direction de) – *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000

LUCAS D. ; TIFFREAU A. – *Guerre économique et information : les stratégies de subversion*, Ed. Ellipses, Paris, 2003

LUFF D.- *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : Analyse critique*, Ed. Bruylant, 2004

MASHAYEKHI M.- *Trade-related investment measures. A positive agenda for developing countries: issues for future trade negotiations*, New York, United Nations Publishing, 2000

MALLARD B (sous la direction de) - *Mercosur : espoirs et incertitudes*, CNRS-Maison des Sciences de l'Homme - Alpes, Grenoble, 2001

MANCIAUX S.; KAHN P. – *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats: Trente années d'activité du CIRDI*, Ed. Juris Classeur, Coll. Travaux du CREDIMI, 2005

MERCIAI P. – *Les entreprises multinationales en droit international*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1993

METAXAS S. – *Entreprises transnationales et codes de conduite: cadre juridique et questions d'effectivité*, Ed. Schulthess, Zurich, 1988

MICHALET C.A. – *Les Multinationales face à la crise*, IRM, Lausanne, 1985

MICHALET C.A. – *La séduction des nations ou comment attirer les investissements*, Ed. Economica, Paris, 2000

MORAN T. – *Foreign Direct Investment and development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*, Institute for International Economics, Washington, 1998

MUCCHIELLI J-L – *Multinationales et mondialisation*, Ed. du Seuil, Paris, 1998

NEWFARMER R.S. – *Profits, Progress and Poverty: Case Studies of International Industries in Latin America*, University of Notre Dame de Press, 1985

NOEL P. – *La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re)construction du marché mondial*, Cahier de recherche no.20, Institut d'économie et de politique de l'énergie, Grenoble, 2000

NYAHOHO E. – *L'arsenal des subventions à l'exportation et l'OMC*, Presses de l'Université de Québec, 1996

OMAN Ch. – *Les défis politiques de la globalisation et de la régionalisation*, Cahier de politique économique, no.11, OCDE, Paris, 1996

OMAN Ch. – *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de Développement de l'OCDE, Paris, 2000

PACE V. – *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Ed. L'Harmattan, 2000

PARENT A. – *Balance des paiements et politique économique*, Ed. Nathan, Paris, 1996

PETER W. – *Arbitration and Renegotiation on International Investment Agreements*, Second Revised and Enlarged Edition, Kluwer Law International, London, 2001

PITELIS C.N., SUGDEN R. – *The Nature of Transnational Firm*, Routledge Pbs., London, 1991

PORTER M.E. – *The Competitive Advantage of Nations*, McMillan Ed., London, 1990

RAINELLI M. – *Le GATT*, Ed. La Découverte, Paris, 1993

RAINELLI M. – *L'Organisation mondiale du commerce*, Coll. Repères, Ed. La Découverte, Paris, 1999

RAINES P.; BROWN R. – *Policy Competition and Foreign Direct Investment in Europe*, Ashgate Publishing Ltd., England, 1999

RAVALOSON J.H. – *Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation*, Coll. Logiques juridiques, Ed. L'Harmattan, Paris, 2004

ROSENBERG D. – *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Coll. Droit et Jurisprudence, Paris, 1983

ROSIK P. – *Les transformations du droit international économique: Les Etats et la Société civile face à la mondialisation*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2003

SACERDOTI G. – *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Academy of International Law, Recueil des Cours, vol. 269, 1997

SAMPSON G., WOOLCOCK S. – *Regionalism, multilateralism and economic integration: The recent experience*, United Nations University Press, New York, 2003

SCHIFF M.; WINTERS A. – *Regionalism and development*, Oxford University Press, 2003

SEIDL-HOHENVELDERN I. – *Collected Essays on International Investments and on International Organisations*, Kluwer Law International, 1998

SENARCLENS P. – *Mondialisation, souveraineté et théorie des relations internationales*, Coll. Sciences Politiques, Ed. Dalloz, Paris, 1998

SHAH A. – *Fiscal Incentives for Investments and Innovation*, World Bank Publications, oct.2004

SHEA D. – *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minnesota Press, 1955

SHIHATA I. – *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff Publisher, New York, 1993

SHISHI L. – *Bilateral Investment Promotion and Protection Agreements: Practice of the People's Republic of China*, International Law and Development, the Hague: Nijhoff Publisher, 1988

SORNARAJAH M. – *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994

TERSEN D. ; BRICOUT J-L. – *L'Investissement international*, Ed. Armand Colin, Paris, 1996

VANDEVELDE K. – *United States Investments Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Publisher, 1992

WÄLDE W.T. - *The Energy Charter Treaty, an East-West gateway for investment and trade*, Kluwer Law International, London, 1996

WÄLDE W.T. – *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Coll. Cours et travaux, no.2, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004

WEIL P. – *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000

WOOLCOCK S. - *Investment in the WTO. The World Trade Organization Millennium Round: free trade in the twenty-first Century*, Routledge Publisher, London, 2001

### **III. ARTICLES**

ADAMANTOPOULOS K.; PRICE M. - « Towards a multilateral investment regime: results in the Uruguay Round and prospects in the OECD », *International Banking and Financial Law*, no.13, March 1994/95, p.1-8

ALDERSON A. – « Explaining the upswing in direct investment: A test of mainstream and heterodox theories of globalization », *Review of Social Forces*, no.83(1), sept.2004, p.81-122

ALDONAS G. – « Multilateral Investment Agreement », *The International Lawyer, International Law and Practice*, 1997, vol.31, no.2, p.448

BACHAND R.; GALLIE M.; ROUSSEAU S. – « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI* 2003, p.575-604

BAKER C.J. – « Settling Foreign Investment Disputes via ICSID », *International Business*, 1990, no.40, p.43-44

BATTAT J.; FRANK I.; SHEN X. – « Suppliers to Multinationals », *FIAS Occasional Paper* 6, Washington DC, 1996

BENASSY-QUERE A.; FONTAGNE L.; LAHRECHE-REUIL A. – « Exchange-Rate Strategies in the Competition for Attraction Foreign Direct Investment », *Journal of International Economics*, no.15, 2001, p.178-198

BENCHENEB A. – « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle : A propos de 30 ans de recherches du CREDIMI – Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.177-196

BEKKECHI M. – « Droit international et Investissement international: quelques réflexions sur les développements récents », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges à Michel Virally*, Ed. Pedone, Paris, 1993, p.109-124

BELL J., YOUNG S. – « Towards an Integrative Framework of the Internationalisation of the Firm », in *Internationalisation: Process, Context and Markets*, St. Martin's Press, New York, 1998

BERGSTEN F. – « Open Regionalism », *Working Paper* 97-3, Institute for International Economics, Washington, 1997

BERGSTEN F. – « APEC: The Bogor Declaration and the Path Ahead », *Asia Pacific Working Paper Series* No. 95-1, Institute for International Economics, Washington, 1995

BEVAN A.; ESTRIN S. - « The Determinants of Foreign Direct Investment into European Transition Economies », *Journal of Comparative Economics*, no.32 (4), dec. 2004, p.775-787

BHAGWATI J.; KRUEGER A. – « The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements », *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, Washington DC, 1995

BLONIGEN B. ; ELLIS C. ; FAUSTEN D. - « Industrial Groupings and Foreign Direct Investment », *Journal of International Economics*, no.65 (1), jan.2005, p.75-91

BORENSZTEIN E.; GREGORIO J.; LEE J. – « How does foreign direct investment affect economic growth? », *NBER Working Paper*, Cambridge, no.5057, 1995

BOURGUINAT H. – « L'Emergence contemporaine des zones et blocs régionaux », in CELIMENE F.; MUCCHIELLI J.L.- *Mondialisation et régionalisation. Un défi pour l'Europe*, Ed. Nathan, 1993

BOVAL B. – « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », dans SFDI - Colloque sur *La réorganisation des échanges mondiaux*, 1996, p.139

BREWER T. – « International Dispute Settlement Provisions: the Evolving Regime for Foreign Direct Investment », *Law and Policy in International Business*, 1995, vol.26, p.633-672

BREWER T.; YOUNG S. – « The Multilateral Agenda for Foreign Direct Investment: Problems, Principles and Priorities for Negotiations at the OECD and WTO », in *World Competition Law and Economics Review*, vol.18, no.4, 1995, p.75-97

BROADFOOT R. – « The Importance of Political Risk », *World Business Journal*, oct.1998

BRUNO C. – « International capital movements and the locomotive effect », *Economics letters*, no.56, 1997, p.311-316

CANTWELL J.A. – « A Survey of Theories of International Production », in PITELIS C.N., SUGDEN R. - *The Nature of Transnational Firm*, Routledge, London, 1991, p.16-63

CHEVALIER J. – « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.(sous la direction de), Dijon, 2000, p.37-65

CIVELLO P. – « The TRIMs Agreement : a failed attempt at investment liberalization », *Minnesota Journal of. Global Trade*, no.8, 1999, p.97-126

COASE R.H. – « The Nature of the Firm », *Economica Review*, no.4, nov.1937, p.386-405

COMEAX P.; KINSELLA S. – « Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Causes, MIGA and OPIC Investment Insurance », *Law School Journal of International and Comparative Law*, no.17, 1994

COUSSY J. – « Causes économiques et imaginaires économiques de la régionalisation », *Revue Cultures et Conflits*, no.21-22, Paris 2001, p.9

DEGER M. – « La France ne reprendra pas les négociations sur l'AMI », *La Tribune*, 1998, p.5

DELAUME G. – « ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects », *Pace Law Review*, no.5, spring, 1985, p.568

DELAUME G. – « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Journal de Droit International*, 1966, p.26-43

DENECE E. – « Les ONG au cœur de la nouvelle compétition économique entre les nations », Colloque de l'IHEDN, Paris, no.10, 1999

DENZA E. ; SHELAGH B. – « Investment protection treaties : United Kingdom experience », *International and Comparative Law Journal*, 1987, vol.36, p.908-923

DESCHAMPS I. - « L'accord de libre-échange nord-américain : une nouvelle voie pour l'Amérique », *Revue internationale de Droit économique*, 1993, p. 463

DIOR E. – « Peut-on encore résister à l'Amérique ? », *Marianne*, no.243, dec.2001, p.17-23

DOLZER R. – « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *American Journal of International Law*, 1971, vol.75; p.553-589

DOLZER R. – « Indirect expropriation of alien property », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1986, vol.1, p.41-65

DOUKAS J.; LANG L. - « Foreign direct investment, diversification and firm performance », *Journal of International Business Studies* (34), 2003, p.153-172

DUNNING J. H. – « Reappraising the Eclectic Paradigm in an Age of Alliance Capitalism », *Journal of International Business Studies*, no. 26, 1995, p. 461-491

DUPUY P.M. – « L'unité de l'ordre juridique internationale », *ADI*, Recueil des cours 2002, Tome 297, p.147-445

DUTHEIL de la ROCHERE J. – « Mondialisation et régionalisation », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C. (ss la direction de) – *La mondialisation du droit*; Ed. Litec, Dijon, 2000, p.435-453

DUTT A.K. – « The Pattern of Direct Foreign Investment and Economic Growth », *World Development*, vol.25, no.11, 1997, p.1925-1936

ELEK A. - « APEC Beyond Bogor: An Open Economic Association in the Asian-Pacific Region », *Asia Pacific Economic Literature* 9, 1995, no. 1 (May), p.1-16

ETHIER W.J. - « The Multinational Firm », *Quarterly Journal of Economics*, nov.1986

ETHIER W.; MARKUSEN J. R. - « Multinational firms, technology diffusion and trade », *Journal of International Economics*, no.41, 1996, p.1-28

FATOUROS A. - « International law and the internationalized contract », *American Journal of International Law*, 1980, vol.74, p.134-274

FATOUROS A. - « Vers un Accord international sur l'investissement direct étranger? », in OCDE : *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996

FATOUROS A. - « Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation », OCDE, CIME, sept.1999, DAFE/IME/RD (99)3

FIROOZI F. - « Multinationals FDI and uncertainty: an exposition », *Journal of Multinational Financial Management*, vol.7, 1997, p.265-273

FLEURY M. - « Mondialisation et droit international du développement », *RGDIP*, no.3, 1997, p.609-616

FOSFURI A.; MOTTA M. - « Multinationals without advantages », *Scandinavian Journal of Economics*, no.101(4), 1999, p.617-630

FOSTER MJ.- « Evaluating foreign direct investments: new challenges for strategic planners », *Journal of the Operational Research Society*, no.51(1), jan.2000, p.45-52

FOUQUIN M. - « L'APEC : un mariage forcé ? », *La Lettre du CEPII*, no.141, décembre 1995

FROOT K.A.; STEIN J.C. - « Exchange rates and foreign direct investment : an imperfect capital market approach », *Quarterly Journal of Economics*, 1991, no.106, p.1191-1217

GAGNON J. - « Exchange Rate Variability and the Level of International Trade », *Journal of International Economics*, 1993, p.269-287

GAILLARD E. - « Chroniques des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, no.1/2005, p.135-182

GANESAN V.- « Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options », *Transnational Corporations*, vol.7, no.2, 1997, p.30-36



GANESAN V. – « Strategic options available to developing countries with regard to multilateral agreement on investment », *UNCTAD Discussion Papers*, no.134, 1998, p.19-28

GEIGER R. – « Eléments clés d'un cadre international pour l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Colloque SFDI, Ed.Pedone, 1999, p.33-45

GESTRIN M., RUGMAN A. – « ALENA : libéralisation des investissements », *Courrier de la planète*, no.28, mai-juin 1995, p.15-18

GESTRIN M. ; RUGMAN A. - « Les dispositions relatives à l'investissement de l'ALENA : Prototype de règles multilatérales en matière d'investissement ? », in *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, OCDE, Paris, 1996, p.73-90

GRAHAM E.M. – « Transatlantic Investment by Multinational Firms: a Rivalistic phenomenon », *Journal of Post Keynesian Economics*, no.1, 1978

GRAHAM E. M. – L'Investissement et le nouveau contexte commercial multilatéral, in *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, OCDE, Paris, 1996, p.39-72

GRAHAM E.M.-: « Contestability, competition, and investment in the new world trade order. Trade strategies for a new era : ensuring U.S. leadership in a global economy », *Council on Foreign Relations Press*, New York, 1998, p. 204-222

GRAY H.P. - « The Eclectic Paradigm: The Next Generation », *Transnational Corporations*, 1996, p.51-65

GRENON JY.- « L'accord de libre-échange nord-américain comparé à la communauté économique européenne », *Revue du marché commun et l'Union européenne*, n°367, avril 1993, p.313

GUDGEON S. – « United States Bilateral Investment Treaties: Comments on their origin, purposes and general treatment standards », *International Tax and Business Lawyer*, 1986, vol.4, p.105

HAAPARANTA P. - « Competition for foreign direct investments », *Journal of Public Economics*, no.63(1), 1996, p.141-153

HAENDEL D. – « Foreign Investments and the Management of Political Risk », *Westview Press*, 1979, p.46-47

HEAD K. ; RIES J. - « Exporting and FDI as alternative strategies », *Oxford Review of Economic Policy*, no.20 (3), 2004, p.409-423

HORST T. - « The Industrial Composition of US Export and Subsidiary Sales to the Canadian Market », *American Economic Review*, 1972, no.62, p.37-45

HUBIN C. - « La culture dans l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) : avancée en terrain miné », *Revue de Droits des Affaires Internationales*, no.8, 1998, p.955-959

HUFBAUER G. et SCOTT J. - « Les Etats-Unis n'ont rien à craindre », *Courrier de la planète*, no.28, mai-juin 1995, p.19

HUU-TRU N. - « Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements », *Revue Générale du Droit International Public*, vol.92, 1988, p.577-623

HUU-TRU N. - « La validité internationale des mobiles d'expropriation », *Revue Belge de Droit International*, 1990, vol.23, p.446

JANICKI HP.; WUNNAVA PV. - « Determinants of foreign direct investment: empirical evidence from EU accession candidates », *Applied Economics Review* (36), mar 2004, p.505-509

JEDLICKI C.- « Intégration régionale et investissement direct étranger en Amérique Latine », *Cahiers des Amériques Latines*, 1998, no.27

JEDLICKI C. - « Mondialisation et régionalisation : Les processus d'intégration en Amérique du Sud », Réunion des experts intervenant dans la coopération avec l'Amérique Latine, 26 septembre 2001, Direction Générale de l'INSEE

JOS E. - « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements : une contribution positive, mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement », *Revue Générale de Droit International Public*, no. 4, 1994, p.387-416

JUILLARD P. - « L'évolution du droit français des relations financières avec l'étranger », *D.P.C.I.*, tome 22, no.4, p.518-519

JUILLARD P. - « Investissements : Principes Directeurs de la Banque Mondiale », *AFDI*, 1992, p.779-807

JUILLARD P. - « Chronique de droit international économique : à la négociation d'instruments multilatéraux - La Charte sur l'énergie », *AFDI*, 1994, p.740

JUILLARD P. - « L'Evolution des sources du droit des investissements internationaux », *RCADI*, vol.VI, no.250, 1994, p.9-216

JUILLARD P. – « A propos du décès de l'AMI », *AFDI*, 1998, p.595-612

JUILLARD P. – « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord du troisième type ? », dans « *Un Accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* », Colloque SFDI, Ed. Pedone, 1999, p.47-79

KARL J. – « The promotion and protection of German foreign investment abroad », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol.II, no.1, p.6

KARL J. – « Multilateral Investments Agreements and Regional Economic Integration », *Transnational Corporations*, august 1996, vol.5, no.2, p.30-37

KENNEDY K.C.- « Foreign direct investment and competition policy at the World Trade Organization », *Washington Journal of International Law*, no.33, 2000/2001, p. 585-650

KENNEDY K.C.- « A WTO Agreement on Investment : a solution in search of a problem? », *Journal of International Economic Law*, no.24, 2003, p. 77-188

KHALIL M. – « Treatment of foreign investment in bilateral investment treaties », *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, 1992, vol.8, p.340-427

KAHN P. – « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone », *Journal de Droit International*, 1965, p.341-359

KISHOIAN B. – « The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary international law », *Norwestern Journal of International Law and Business*, 1994, vol.14, p.336-342

KLINE J. ; LUDEMA R. – « Building a multilateral framework for investment: comparing the development of trade and investment accords », *Transnational Corporations*, 1997, vol.6, p.8-21

KODAMA Y. – « Dispute settlement under the draft multilateral agreement on investment: the quest for an effective investment settlement mechanism and its failure », *Journal of International Arbitration*, vol.16, no.3, 1999, p.46-65

KOJIMA K. – « Japanese Direct Investment Abroad », *Monograph Series*, no1, Tokyo, 1990

KOKKO A.; BLOMSTRÖM M. – « Policies to encourage inflows of technology through foreign multinationals », *World Development*, no.23, 1995

KOLLIAS S. – « La libre circulation des capitaux et l'introduction de l'Euro », *Revue du Marché Unique Européen*, no.4, 1998, p.52-57

KOULEN Mark – « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement », dans *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, SFDI, Ed.Pedone, Paris, 1998, p.104-111

KRUGMAN P. – « The New Theories of International Trade and the Multinational Enterprise », in KINDLEBERGER C.P. – *The Multinational Corporation in the 1980s*, MIT Press, Cambridge, 1983

KRUGMANN P. – « Regionalism versus Multilateralism: Analytical Notes », in De Melo and Panagariya (1993), p. 5-25

KURTZ J. - « A general investment agreement in the WTO? : lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », *Journal of International Economic Law*, no.23, 2002, p. 713-789

LABAN R.; LARRAIN F. – « Can a liberalization of capital outflows increase net capital inflows? », *Journal of International Money and Finance*, vol.16, no.3, 1997, p.415-431

LALL S. – « Monopolistic Advantages and Foreign Involvement by US Manufacturing Industry », *Oxford Economic Papers*, 1980, no.32, p.102-122

LALUMIERE C. ; LANDAU J-P. – « Rapport sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) », septembre 1998, p.1-24, [www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr)

LALUMIERE C. – « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? », dans « *Un Accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* », Colloque SFDI, Ed. Pedone, 1999, p.97-100

LEAHY D. ; PAVELINS. - « Divide and rule: Geographical diversification and the multinational firm », *Open Economies Review*, no.15 (4), oct.2004, p.363-374

LEBEN Ch. – « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *ADI, Recueil des cours 2003*, Tome 302, p.197-379

LEY R. – « Règles multilatérales visant à promouvoir la libéralisation des régimes d'investissement », in *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, OCDE, Paris, 1996, p.75- 98

MAINGUY C. - « L'impact des investissements directs étrangers sur les économies en développement », *Revue Région et Développement*, no.20/2004, p.65-80

MANN F. - « British treaties for the promotion and protection of investments », *British Yearbook of International Law*, 1981, vol.52, p.245

MARKUSEN J. R.; VENABLES A. J. - « Multinational firms and the new trade theory », *Journal of International Economics*, no.46, 1998, p.183-203

MASSMANN O. - « Foreign Direct Investment : the Legal Environment », paper presented at the Conference on the Foreign Direct Investment, Hanoi, Vietnam, 16-17 august, 2002

MCCULLOCH R. - « Investment policies in the GATT », *The World Economy*, no.13, 1990, p. 541-553

MICHALET C.A. - « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.(sous la direction de) - *La mondialisation du droit*; Ed. Litec, Dijon, 2000, p.15-43

MICHALET C. A. - « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans LEBEN CH. (et autres), Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.433-451

MIYAKE M. ; THOMSEN S. - « Recent Trends in Foreign Direct Investment », *Financial Market Trends*, no.73, 1999

MORAN T.H. - « Investment issues. The WTO after Seattle », *Institute for International Economics*, Washington D.C, 2000, p. 223-241

MORAND C - « Le Droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transformations », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C.(sous la direction de) - *La mondialisation du droit*; Ed. Litec, Dijon, 2000, p.81-105

MUCHLINSKI, P. - « Towards a Multilateral Investment Agreement (MAI) : the OECD and WTO models and sustainable development », *International Economic Law*, 1998, p. 429-451

NATHAN K. - « Submissions to the International Centre for Settlement of Investment: Disputes in breach of the Convention », *Journal of International Arbitration*, 1995, p. 27-41

NURSKE R. - « International Investment to-day in the light on nineteen-century experience », *The Economic Journal: The Journal of Royal Economic Society*, vol.64, 1954, p.744-758

OCRAN M. – « Bilateral Investment Treaties: a comparative study », *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1987, vol.8, p.401-429

OTTEN A. - « Investment Provisions in the Agreement Establishing the WTO », in OECD - *Proceedings, Investment Policies in Latin America and multilateral Rules on Investment*, Paris, 1997

PARRA A.R. – « The Scope of New Investment Laws and International Instruments », *Transnational Corporations*, vol.4, no.3, 1995

PATERSON R. – « Canadian investment promotion and protection treaties », *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, vol.29, p.375

PELLET A. – « Mondialisation du droit international », in *Rev. Après-Demain*, avril 1996, p.31-42

PETERS P. – « Dispute settlement arrangements in investment treaties », *New York Business International Law*, vol.XXII, 1991, p.91-161

PETERS RH. ; SCHNEIDER K. - « The structure of collective bargaining and foreign direct investment outflows » in the *OECD Yearbook* , no.220 (1), 2000, p.48-63

PETERSMANN E. – « International Competition Rules for Governments and for Private Business », *Chicago-Kent Law Review*, no.545, 1996

PURVIS D.D. – « Technology, Trade and Factor Mobility », *The Economic Journal*, no.82, 1972, p.327

RAMBAUD P. – « Premier enseignement des arbitrages du CIRDI », *Annuaire Français de Droit International*, 1982, p. 471-491

READING M. – « The bilateral investment treaties in ASEAN: a comparative analysis », *Duke Law Journal*, 1992, vol.42, p.679-705

REDING A. – « Understanding Political Risk in Emerging markets », *World Business Journal*, nov/dec 1995, p.21

RIEMER B. – « La France veut limiter les appétits des Etats-Unis », *La Tribune*, fèv.1998, p.2

RIVOLI P., ALORIO E. - « Foreign Direct Investment and Investment under Uncertainty », *Journal of International Business Studies*, 1998, p.335-357

RUGMAN A.M., VERBEKE A. - « Global Strategies for Multinational Enterprises », *Current Issues in International Business*, Cheltenham, 1997, p.132-150

SACERDOTI G. – « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », in *RCADI*, no.269, 1997, p.255-455

SALACUSE J. – « The Energy Charter Treaty and Bilateral Investment Treaty Regimes », in *The Energy Charter Treaty, an East-West gateway for investment and trade* (direction of WÄELDE T.), Kluwer Law International, London, 1996, p. 321-348

SALACUSE J. – « The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries », in *Revue de Droit international*, Sc. Diplomatiques et politiques, no.655, 1990

SALAH M. – « La problématique du droit économique dans les pays du Sud », *Revue internationale de droit économique*, vol.12, no.2, 1998, p.19-33

SALEM M. – « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal de Droit International*, 1986, vol.113, p. 579-588

SALEM M. – « Investissement étranger et droit international », dans LEBEN CH. ; LOQUIN E. ; SALEM M. (à l'initiative de) – *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Ed. Litec, Vol. 20, 2000, p.367-388

SAUVANT K. – « Les tendances de l'investissement direct étranger (IED) à l'échelle mondiale et régionale », Troisième séminaire, CNUCED, Evian, France, avril 1999

SAUVE P. – « A first look at investment in the final act of Uruguay Round », *Journal of World Trade*, 1994, vol.28, no.5, p.14

SAUVE P. - « Régionalisme et Multilatéralisme : enjeux du débat », Séminaire de haut niveau sur les enjeux de la Conférence ministérielle de Cancun pour les pays francophones, Paris, 25-27 juin 2003

SEIDMAN A; SEIDMAN R. ; WALDE T. – « Good Governance and Legislative Reform: Making Development Work », *CEPMLP Journal*, vol.4-1, 1998

SEPPALA R. C. – « La pratique américaine récente : les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », in GHERARI H. ; SZUREK S.(sous la direction de ) – *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Cahiers Internationaux, CEDIN, Université Paris X Nanterre, Ed. Montchrestien, 1998, p.83-101

SHAWCROSS L. – « The Problem of Foreign Investment in International Law », *RCADI*, 1981, vol.102, p.335-363

SHIHATA I. – « MIGA and the Standards Applicable for Foreign Investment », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, no.1, 1986, p.327-339

SHIHATA I. – « The Experience of ICSID in the Selection of Arbitrators », Remarks at the Sixth Joint American Arbitration Association/International Chamber of Commerce/ICSID Colloquium, reprinted in *News from ICSID*, 1989, winter, no.6, p.5

SHIHATA I. – « Recent trends relating to entry of foreign investment », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol.9, 1996, p.47-70

SINGH K. - « Multilateral Investment Agreement in the WTO: issues and illusions », Manila : *Asia-Pacific Research Network*, 2003.

SIQUEIROS J. – « Bilateral treaties on the reciprocal protection of foreign investment », *World International Law Journal*, vol.24, no.2, 1994, p.225-271

SMALL D. – « Règlement des différends entre un investisseur et l'Etat d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement », dans « *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* », Colloque SFDI, Ed. Pedone, Paris, 1999, p.79-86

SORNARAJAH M – « State responsibility and bilateral investment treaties », *Journal of World Trade Law*, 1986, vol.20, p.82-97

STERN B. – « International economic relations and the MAI settlement dispute », *Journal of International Arbitration*, vol.16, no.2, 1999, p.120-129

SZUREK S. – « Le recours aux sanctions », in GHERARI H. ; SZUREK S. (sous la direction): *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Cahiers Internationaux, CEDIN, Université Paris X Nanterre, Ed. Montchrestien, 1998, p.19-52

TEECE D.J. – « Transaction Cost Economics and the Multinational Enterprise », *Journal of Economic Behaviour and Organisation*, 1986, p.21-45

THOMSEN S. – « Southeast Asia: The Role of Foreign Direct Investment Policies in Development », *Working Paper on International Investment*, OCDE, no.1, 1999

THOMSEN S. – « Investment Patterns in a Longer Perspective », *Working Papers on International Investment*, OCDE, 2000

TOUSCOZ J. – « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) », *Journal de Droit International*, n°4, 1987, p.904-917



TOUSCOUZ J. – « Mondialisation et sécurité économique internationale », *Revue Générale de Droit International*, no.3, 1998

VADCAR C. – « Le projet AMI et la problématique de l'adhésion des pays du sud », *Journal de Droit International*, 1998, p.9-44

VADCAR C. – « Un cadre communautaire pur l'investissement ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, no. 441, mai 2001, p.332-342

VANDEVELDE K. – « United States Bilateral Investment Treaties : the second wave », *Michigan Journal of International Law*, 1993, vol.II, p.625-647

VANDEVELDE K. – « The Political Economy of Bilateral Investment treaties », *American journal of International Law*, vol.92, no.4, 1998, p.621-641

VASCIANNE S. – « Bilateral investment treaties and civil strife: the AAPL/Sri Lanka Arbitration », *Netherlands International Law Review*, 1992, vol.39, no.3, p.332-354

VERHOEVEN J. – « Souveraineté et mondialisation : libres propos », dans LOQUIN E.; KESSEDJIAN C. (sous la direction de) - *La Mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000, p.43-57

VERNON R. – « International Investment and International Trade in the Product Cycle », *Quarterly Journal of Economics*, 1966, no.80, p.190-207

VIRALLY M. – « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats: Notes de lecture », *AFDI*, 1974, vol.20, p.55-77

VOSS J. – « The Protection and Promotion of European private investment in developing countries: an approach towards a concept for a European policy on foreign investments », *Common Market Law Review*, 1981, vol.18 p.364-378

VOSS J. – « The Multilateral Investment Guarantee Agency: Status, Mandate, Concept, Features, Implications », *Journal of World Trade Law*, no.21, 1987, p.8-37

WALDE T. – « Contract and Enforceability in International Business: What Works? », *CEPMLP Journal*, 2000, vol.5-8

WALLACE C.D.- « The legal framework for regulating the global enterprise going into the new WTO trade round : a backward and a forward glance », *Transnational Lawyer*, no.16 (2002/03), p. 141-152

WALKER H. – « Treaties for the encouragement and protection of foreign investment: present United States practice », *American Journal of Comparative Law*, 1956, vol.5, p.229-247

WALKER H. – « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, 1958, vol.42, p.805-824

WEIL P. – « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, tome 237, 1992, p.309-335

WEIL P. – « Le droit international économique », dans WEIL P. - *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p.67-100

WEIL P. – « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », dans WEIL P.- *Ecrits de droit international*, PUF, Paris, 2000, p.409-423

WELFENS PJ. – « The EU and Eastern Central-European Countries: Problems and Options of Integration », *Aussen Politik*, no.46(3), 1995, p.232-241

WELLS L.T.; WINT A. – « Facilitating Foreign Investment », *FIAS Occasional Paper 2*, Washington DC, 1991

WHEELER D.; MODY A. - « International investment location decisions: the case for US firms », *Journal of International Economics*, no.33 (1), 1992, p.57-76

WILSON R. – «Post war commercial treaties of the United States », *American Journal of International Law*, 1949, vol.43, p.265-292

WILLIAMSON O. E. - « The modern corporation: origins, evolution, attributes », *Journal of Economic Literature*, no.19, 1981, p.161-175

WITHERELL H. – « Vers un ensemble international de règles en matière d'investissement », dans OCDE - *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996, p.17

WOODWARD D. P. - « Locational determinants of Japanese manufacturing start-ups in the United States », *Southern Economic Journal*, no. 58, 1992, p.690-708.

YEAPLE S. R. - « The determinants of US outward foreign direct investment: market access versus comparative advantage », *Working Paper*, 2001.

ZIADÉ G.N. – « ICSID Conciliation », *News from ICSID*, no.13, summer 1996, p.3-8

#### **IV. ARTICLES DANS LES JOURNAUX**

BEER P. – « Une zone de libre-échange de l'Alaska à la Terre de Feu en 2005 », *Le Monde*, 04/2001

BEER P. - « Commerce mondial et environnement : le leadership des Etats-Unis contesté », *Le Monde*, 22/04/2001

BELOT L. ; BRAFMAN N.- « Les investisseurs internationaux plébiscitent l'Europe élargie », *Le Monde*, 30/06/2005, p.17

CARMEL L. – « Les enjeux commerciaux dominent les rapports de forces entre Etats », *Le Monde*, 21/12/1999

FRISON-ROCHE M. – « Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Le Monde*, 12/12/1996, p.6

LAMY P. – « Des traces de colonialisme économique subsistent », *Libération*, 28/07/2006, p.16

LEMAITRE P.- « Américains et Européens tentent de rapprocher leurs vues sur la mondialisation », *Le Monde*, 29/10/1999, p.2

STERN B. – « Les Etats-Unis et le droit impérialiste », *Le Monde*, 12/09/1996, p.12

STERN B. - « Deux conceptions du commerce mondial s'affrontent », *Le Monde*, 29/10/1999, p.2

#### **V. ORGANISATIONS**

ASEAN – *The 1998 Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, Handbook of Investment agreements in ASEAN, Jakarta ASEAN Secretariat, 1998

BANQUE DE FRANCE – *Les investissements directs de la France dans la globalisation: mesures et enjeux*, Colloque, mars 2002

CCI (International Chamber of commerce) – *Guidelines for International Investment*, Paris, 1972

CNUCED – *Small and Medium Sized Transnational Corporations: Role, Impact and Policy Implications*, New York, 1993

CNUCED - *World Investment Report 1994: Transnational Corporations, Employment, and the Workplace*; United Nations Publications, New York, Geneva, 1994

CNUCED – *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements*; United Nations Publications, New York, Geneva, 1996

CNUCED – *Incentives and Foreign Direct Investment*, United Nations Publications, Geneva, 1996d

CNUCED – *International Investment Agreements: A Compendium*, vol.I: Multilateral Instruments, 1996b

CNUCED - *International Investment Instruments :A Compendium: An Agreement among the governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of investments (1987)*, United Nations Publications, vol.II, 1996, p.293-299

CNUCED – *International Investment Instruments : A Compendium*, « The Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty » (1994), United Nations publications, 1996,vol. II, p.546-577

CNUCED - « ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments », in *International Investment Instruments: A Compendium*, vol.III, Geneva, United Nations publications, 1996

CNUCED – « APEC Non-Binding Investment Principles (1994) », in *International Investment Instruments: A Compendium*, United Nations Publications, Geneva, 1996, vol.II, p.535-537

CNUCED – *Problèmes et questions concernant les accords bilatéraux d'investissement dans la perspective de l'éventuelle élaboration d'un cadre multilatéral sur l'investissement*, Genève, 1997

CNUCED – *Accords internationaux d'investissement : concepts autorisant une certaine flexibilité aux fins de promouvoir la croissance et le développement*, Genève, 1999

CNUCED – *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Geneva, 1999

CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements: Scope and definition*, United Nations Publications, Geneva, 1999

CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements : Admission and Establishment*, United Nations Publications, Geneva, 1999

CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements: Most favoured nation treatment*, United Nations Publications, Geneva, 1999

CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements: Trends in International Investments Agreements: An Overview*, United Nations Publications, Geneva, 1999

CNUCED – *Series on issues in International Investment Agreements: Foreign Direct Investment and Development*, United Nations Publications, Geneva, 1999

CNUCED – *Report of the Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: « Policies to enhance the Role of FDI in support of the Competitiveness of the Enterprise sector and the Economic Performance of host Economies, taking into account the Trade/Investment Interface, in the National and International », Geneva, 2002*

CNUCED – *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development – National and International Perspectives*, Geneva, UN Publications, 2003

CNUCED – *Prospects for FDI Flows, TNC Strategies and Policy Developments, 2004-2007*, Geneva, 2004

CNUCED – *Variable Geometry for the WTO: Concept and Precedents*, Geneva, 2004

CNUCED – *Handbook of Statistics 2004*, Geneva, 2005

CNUCED – *World Investment Report 2006: L'IDE en provenance des pays en développement ou en transition: Incidences sur le développement*, Genève, UN Publications, 2006

FIAS – *Foreign Direct Investment: Lessons of Experience*, World Bank, no.5, 1997

GATT – *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle Uruguay*, Genève, 1994

ICSID – *ICSID Additional Facility, International Legal Materials*, vol.21, 1982, p.1443-1472

IMF – *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*, United Nations Treaty Series, 1945, vol.2, p.39-133

IMF - *Balance of Payments Manual*, 4è éd., Washington D.C, 1993,

International Labour Office – *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Geneva, 1977

MAE – *La fiscalité des investissements directs étrangers dans les pays en développement*, Colloque, Centre de conférences internationales, Paris, 2002

OAS – *Economic Agreement of Bogota*, 2 May 1948, OAS Treaty Series, no.21, 1961

OAS - *Investment Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium*, Washington, 1997

Observatoire de la Mondialisation – « Lumière sur l'AMI : Le test de Dracula », *L'Esprit frappeur*, Paris, 1998

OCDE – *Council Resolution of 12 October 1967 on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, International Legal Materials, vol.7, 1985, p.117-143

OCDE – *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries*, Paris, 1985, p.11

OCDE – *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1986

OCDE – *Stimulants et obstacles à l'investissement : Effets sur l'investissement direct international*, Paris, 1989

OCDE – *Code de la libération des mouvements des capitaux*, Paris, 1993

OCDE - *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, 1994

OCDE - *Rapport du Comité de l'Investissement international et des Entreprises Multinationales (CIME) et du Comité des Mouvements de Capitaux et des Transactions Invisibles (CMIT)*, DAF/CMIT/CIME(95)13/FINAL, le 5 mai 1995

OCDE – *Introduction to the OCDE Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Transactions*, Paris, 1995

OCDE - *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay : Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris, 1996a

OCDE - *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, 1996b

OCDE - *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Paris, 1996c

OCDE - *Les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 1997

- OCDE – *Commentaires au texte de négociation de l'AMI*, Paris, 1998
- OCDE – *Grandes lignes de l'Accord Multilatéral sur l'investissement*, « Note du Président », Paris, avril 1998
- OCDE – *Foreign Direct Investment and Recovery in Southeast Asia*, Paris, 1999
- OCDE – *Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, Paris, 1999
- OCDE ; DGCID – *La fiscalité des investissements directs étrangers dans les pays en développement*, Colloque, Janvier 2002
- OCDE – *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger*, DAFE, 2004
- OCDE – *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger*, DAFE, 2006
- OMC – *Commerce et Investissements étrangers directs*, Rapport annuel, Genève, 1996, p.83
- OMC - *Annual Report 1996*, vol.I, Special Topic: *Trade and Foreign Direct Investment*
- OMC - *The definition of investment in existing international instruments, Submission to WTO Group on the Relationship between Trade and Investment*; Canada, 1998
- OMC – *Un commerce ouvert sur l'avenir*, 2è édition, Genève, 1998, p.28
- OMC – *DOHA Ministerial Declaration*, nov.2001, WT/MIN(01)/DEC/1
- OMC – *Regional Trade Integration under Transformation*, 2002
- S.F.D.I. – *Un Accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Ed. Pedone, Paris, 1999
- South Centre – *Foreign Direct Investment, Development and the New Global Economic Order: A Policy Brief for the South*, Genève, 1997
- UN – *Draft United Nations Code of Conduct: Transnational Corporations*, Centre on Transnational Corporations, New York, 1976
- UNCTC – *Bilateral Investment Treaties*, United Nations Publications, New York, 1988

UNCTC – *Key Concepts in International Investment Agreements and Their Relevance to Negotiations on International transactions in Services*, United Nations Publications, New York 1990

UNCTC-International Chamber of Commerce – *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, United Nations Publications, New York 1992

World Bank – *Convention Establishing the MIGA*, Washington, 1985

World Bank – *Legal Framework for Treatment of Foreign Investment: Survey of Existing Instruments*, Washington DC, 1992, vol.I

World Bank – *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington, 1995

World Bank – *Global Development Finance*, Washington D.C., 2003

## **VI. THÈSES ET MÉMOIRES**

BATHEM L.E. – *Commerce international et investissements directs étrangers*, Thèse Université Paris V, 2002

CAIMI G. - *Le Mercosur : une expérience d'union douanière*, Mémoire de DEA, Université Paris II, mai 1999

MPONDO MBOKA G.R. – *Les investissements directs étrangers et le système commercial mondial*, Thèse Université Paris XII, 2002

VERA RYAN G. - *Le Mexique et l'ALENA*, Thèse Université Paris II, 1996

## **VII. Sites INTERNET**

<http://www.americasnet.com/mauritz/mercosur>

<http://www.asean.or.id/economic>

<http://www.caricom.org>

<http://www.coface.fr>

<http://www.cofacerating.fr>



<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal>

<http://www.ecoropa.org>

<http://www.encharter.org>

<http://www.finances.gouv.fr>

<http://www.gasanoil.com>

<http://www.global-unions.org>

<http://www.iaigc.org>

<http://www.icftu.org>

<http://www.iie.com>

<http://www.lentrepriseeuropeenne.com>

<http://www.miga.org>

<http://www.oecd.org>

<http://www.tradeobservatory.org>

<http://www.tuac.org>

<http://www.unctad.org>

<http://www.worldbank.org>

<http://www.wto.org>

## TABLE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Accord ADPIC	Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
Accord SMC	Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires
Accord sur les MIC	Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce
AELE	Association Européenne de Libre-Echange
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AGCS	Accord Général sur le Commerce des Services
AJIL	American Journal of International Law
Al.	Alinéa
ALENA	Accord de Libre-Echange Nord-Américain
AMGI (AMIGA)	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements
AMI	Accord Multilatéral sur l'Investissement
ANASE (ASEAN)	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
APEC	Coopération Economique Asie-Pacifique
BIRD	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CEE	Communauté Economique Européenne
CIJ	Cour Internationale de Justice
CILS	Confédération Internationale des Syndicats Libres
CIRDI (ICSID)	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUCED (UNCTAD)	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
ECOSOC	Conseil Economique et Social des Nations Unies
FIAS	Foreign Investment Advisory Service
FMI (IMF)	Fonds Monétaire International
GATT	Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce

IDE (FDI)	Investissement direct étranger
JDI	Journal de Droit International
MERCOSUR	Marché Commun du Sud
NBER	National Bureau of Economic Research
NPF	Nation la Plus Favorisée
OAS	Organization of American States
OCDE (OECD)	Organisation pour la Coopération et le Développement
OIT (ILO)	Organisation Internationale du Travail
OMC (WTO)	Organisation Mondiale du Commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONG	Organisation Non-Gouvernementale
ONU (UN)	Organisation des Nations-Unies
Op.cit.	<i>Opere citato</i>
ORD	Organe de Règlement des Différends
PMA	Pays les Moins Avancés
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
TCE	Traité de la Charte sur l'énergie
TN	Traitement national
UE	Union Européenne
UEM	Union Européenne Monétaire
UNCITRAL	Commission des Nations-Unies sur les lois du commerce international
UNCTC	United Nations Centre on Transnational Corporations
WB	Banque Mondiale

# INDEX

*Les chiffres renvoient aux pages*

## A

Accord de Bretton-Woods, 19, 20, 163, 168

Accord de libre échange nord-américain (NAFTA/ALENA), 49, 111, 336, 343, 344, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 355, 359, 360, 361, 363, 365, 366, 367, 368, 369, 375, 379, 434, 446, 456, 459

Accord Général pour le Commerce des Services (GATS/AGCS), 48, 84, 100, 294, 401, 407, 408, 409, 416, 417, 420, 440, 459, 468, 469

Accord Général pour les Tarifs et le Commerce (GATT) 185, 301, 338, 403, 404, 413, 420, 421, 422, 426

Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), 51, 72, 204, 429, 431, 432, 433, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 446, 448, 450, 451, 453, 454, 457, 458, 460, 461, 463, 464, 465, 468, 469, 470, 471, 472

Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), 401, 403, 405, 406, 408, 440, 468

Accord sur les aspects liés au commerce des droits de la Propriété Intellectuelle (TRIPS/ADPIC), 48, 401, 418, 419, 421, 422, 424, 425, 433, 440, 443, 468, 469

Accord sur les Mesures des investissements liés au Commerce (TRIMs), 48, 301

Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC), 401, 425, 427, 428

Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA/AMGI), 46, 71, 92, 93, 95, 99, 388, 396, 397, 399, 402, 411, 412

Amérique latine, 13, 16, 17, 21, 25, 114, 121, 166, 188, 189, 193, 243, 256, 287, 340

Arbitrage international, 18, 47, 314, 320, 328

Asie, 17, 30, 53, 101, 117, 121, 125, 192, 216, 237, 339, 340, 346

Association des Nations du Sud-Est asiatique (l'ANASE/ASEAN), 50, 74, 93, 99, 343, 346, 350, 351, 352, 354, 356, 360, 361, 362, 369, 376

Arbitrage ad-hoc, 318, 319, 390, 395

## B

Balance des paiements, 32, 33, 67, 86, 155, 178, 295, 303, 305, 307, 308, 374, 420, 425, 429, 478

Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD), 18

Banque Mondiale, 19, 20, 27, 46, 49, 71, 165, 166, 169, 271, 272, 306, 382, 383, 384, 387

## C

Chambre de commerce  
internationale (CCI), 29, 32, 34,  
40, 318, 455

Charte de la Havane, 19, 28, 61

Charte de Mexico, 33

Charte des droits et de devoirs  
économiques des Etats, 35, 272

Charte sur l'énergie (Traité ) (TCE),  
50, 95, 103, 336, 343, 347, 348,  
349, 350, 352, 354, 358, 360,  
361, 363, 367, 368, 369, 379,  
434, 459

Chine, 29, 44, 79, 116, 119, 188,  
190, 194, 216, 238, 243, 275,  
276, 277, 282, 305, 308, 310,  
340, 376

Clause de consultation, 310, 311

Clause de la nation la plus  
favorisée (NPF), 230, 232, 233,  
248, 249, 250, 251, 254, 256,  
257, 258, 259, 260, 261, 262,  
263, 281, 296, 301, 331, 332,  
352, 356, 357, 358, 359, 360,  
365, 366, 368, 369, 378, 380,  
384, 407, 410, 411, 412, 416,  
420, 421, 422, 430, 435, 436,  
437, 441, 442, 458, 460

Clause de réciprocité, 45, 183

Clause de stabilité, 308, 320

CNUCED, 40, 77, 90, 109, 118,  
119, 120, 121, 122, 129, 143,  
192, 194, 197, 216, 221, 241,  
246, 249, 255, 273, 276, 287,  
305, 308, 315, 325, 409

CNUDCI, 363, 455, 457

Code de conduite pour les  
entreprises multinationales, 38,  
39, 102

Code d'investissements, 44, 83,  
170, 173, 177, 370, 377, 400,  
418, 431

Code de libération des mouvements  
des capitaux, 26, 70, 71, 85, 148,  
149, 151

Code de libéralisation pour les  
Opérations courantes, 28, 149

Comité Légal Consultatif Afrique-  
Asie (AALCC), 98, 190, 198

Commission de Nations Unies sur  
les lois du Commerce  
International (UNCITRAL), 319,  
328

Communauté Economique  
Européenne, 25, 49, 335, 336,  
369, 370, 371, 373, 374, 430

Compagnie pour la Garantie des  
investissements entre les pays  
arabes, 78, 82, 94, 98

Ccompensation, 13, 16, 17, 99,  
187, 267, 268, 269, 271, 272,  
274, 275, 276, 277, 278, 280,  
281, 282, 283, 284, 286, 288,  
362, 378, 467

Conditions d'admission, 24, 176,  
235, 298

Confédération internationale des  
syndicats libres (CILS), 33

Conférence pour la Coopération  
Economique Internationale, 36

Convention de New York, 322, 457

Convention de Seoul, 397, 398,  
399, 400

Convention de Washington, 44,  
387, 394

Convention Drago-Porter, 11

Convention pour le règlement des  
différends concernant les

investissements (CIRDI), 27, 29, 44, 45, 312, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 322, 323, 324, 327, 363, 387, 388, 390, 392, 393, 395, 399, 400, 445, 453, 455, 456, 457

Conventions de Lomé, 49

Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), 50, 375, 376, 377, 378

Cour Internationale de la Justice, 95, 372, 395, 456

Coût de transaction, 107, 108, 133, 135

## **D**

Déclaration de Doha, 342

Déclaration de Singapour, 406

Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, 40, 152, 153

Déclaration tripartite de l'OIT, 39, 142

Déréglementation financière, 166

Doctrines de Calvo, 13, 14, 186, 189, 253

Doctrines Hull, 16, 21, 271, 272, 276, 361

Droit international coutumier, 13, 250, 274, 321, 332

Droits acquis, 11, 13, 75

## **E**

Entreprises multinationales, 2, 6, 31, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 55, 57, 58, 62, 107, 109, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 139,

140, 141, 144, 145, 146, 148, 151, 152, 153, 155, 157, 158, 159, 160, 165, 167, 179, 182, 187, 231, 435, 462, 464, 465, 475, 477

Etat d'accueil, 9, 10, 11, 25, 35, 43, 91, 94, 96, 107, 161, 162, 181, 240, 245, 279, 283, 291, 311, 317, 320, 329, 379, 388, 392, 396, 437, 450, 463, 464, 468

Etat d'origine, 9, 94, 181

Etats-Unis, 14, 15, 21, 29, 30, 49, 57, 68, 69, 72, 84, 85, 96, 98, 102, 111, 118, 119, 132, 157, 162, 163, 165, 166, 184, 185, 189, 190, 192, 194, 203, 212, 213, 230, 231, 232, 233, 238, 255, 259, 263, 266, 267, 272, 273, 275, 278, 279, 287, 290, 298, 300, 302, 304, 305, 307, 308, 310, 312, 313, 328, 333, 336, 340, 342, 344, 361, 365, 376, 381, 434, 436, 463, 464, 473, 476

Expropriation, 11, 16, 17, 23, 30, 57, 104, 105, 175, 187, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 288, 323, 332, 346, 355, 359, 360, 361, 378, 383, 386, 387, 389, 396, 443, 446, 447, 448, 458, 462

## **F**

Fond Monétaire International (FMI), 18, 19, 42, 64, 81, 82, 102, 149, 165, 166, 169, 285, 290, 292, 293, 461

France, 31, 32, 68, 69, 111, 113, 186, 279, 302, 309

## **G**

Guide pour les investissements internationaux, 34

## I

Intégration économique régionale,  
26, 175, 337

Intérêt national, 12, 60, 173, 181,  
365

Internationalisation de l'activité  
économique, 4, 60, 477

## L

Libéralisation du régime des  
investissements, 339, 342, 348,  
365

Logique de la globalisation, 181

## M

MERCOSUR, 50, 36, 342, 343, 344,  
345, 348, 350, 351, 353, 357,  
359, 361, 364, 366, 368, 370,  
379

Mouvements associatifs  
internationaux, 471

## N

Nationalisation, 15, 16, 23, 176,  
180, 273, 274, 275, 277, 278,  
279, 283, 285, 286, 288, 411,  
463, 464

Nationalisme économique, 17

Négociations multilatérales, 342,  
462

## O

Obligations de résultat, 297, 298,  
300, 301, 365, 401, 439, 466

OCDE, 26, 28, 30, 38, 39, 40, 47,  
51, 64, 65, 70, 71, 81, 85, 85, 86,  
88, 102, 109, 110, 113, 115, 116,

118, 120, 142, 149, 150, 152,  
153, 154, 155, 164, 165, 166,  
189, 194, 204, 242, 260, 271,  
300, 382, 429, 430, 431, 445,  
446, 448, 457, 460, 461, 462,  
465, 466, 471, 472

OMC, 51, 75, 166, 294, 337, 338,  
341, 342, 343, 376, 381, 382,  
401, 405, 407, 408, 413, 416,  
417, 419, 420, 421, 422, 428,  
433, 440, 441, 443, 453, 456,  
465, 468, 469, 473

ONG, 106, 182

ONU, 22, 38, 145

Organisation mondiale de la  
Propriété Intellectuelle (OMPI),  
419, 421, 424

Organisations régionales, 149, 337

## P

Pacte Andin, 33, 34, 49, 341

Principes directeurs (*guidelines*) de  
la Banque Mondiale, 306, 382,  
385

Principes directeurs OCDE, 152,  
153, 154, 155

Programmes d'ajustement  
structurel, 42, 176

Projet de Convention sur la  
protection des biens étrangers,  
30, 189, 243, 245

Promotion de l'investissement, 4,  
122, 164, 195, 196, 225, 235,  
239, 306, 334, 346, 358, 383,  
396, 400, 429, 463, 475

Protection des investissements, 11,  
15, 28, 30, 32, 38, 47, 50, 61, 70,  
72, 73, 74, 93, 94, 96, 98, 99,  
163, 194, 196, 201, 220, 239,  
264, 279, 309, 334, 343, 346,  
358, 359, 375, 382, 430, 434,

443, 444, 449, 459, 462, 463,  
475, 478

Protection diplomatique de l'Etat,  
10, 19, 214

## **R**

Régionalisme ouvert, 339, 376, 377

Règlement des différends, 17, 29,  
49, 309, 311, 314, 316, 322, 324,  
325, 329, 330, 347, 353, 360,  
362, 363, 364, 369, 378, 379,  
382, 388, 389, 395, 397, 399,  
400, 410, 414, 416, 423, 430,  
431, 442, 445, 448, 449, 451,  
454, 458, 459, 465, 468, 469

Règlementation des  
investissements, 2, 13, 184, 339

Résolution 3281, 35

Résolution 626, 22

Risque politique, 90, 105, 106, 107,  
396, 463

## **S**

Service additionnel, 318, 395

Sommet de Bogor, 376

Système commercial multilatéral,  
338, 381, 396

## **T**

Tokyo Round, 426

Traité de Rome, 70

Traitement des bénéfices  
réinvestis, 68

Traitement des investissements  
directs étrangers, 37, 195, 444

Traitement juste et équitable, 7,  
205, 241, 242, 243, 244, 247,  
257, 332, 356, 357, 358, 384,  
444

Traitement national, 151, 153, 154,  
231, 232, 233, 248, 251, 252,  
253, 254, 256, 257, 258, 259,  
260, 261, 262, 263, 264, 281,  
298, 332, 352, 356, 357, 358,  
359, 365, 366, 369, 377, 378,  
380, 384, 403, 410, 411, 412,  
416, 420, 430, 435, 436, 437,  
462, 463, 464, 465, 468

Traités bilatéraux, 28, 30, 47, 78,  
100, 105, 183, 184, 185, 186,  
187, 189, 190, 193, 194, 195,  
197, 206, 209, 212, 215, 218,  
221, 227, 229, 234, 240, 241,  
242, 246, 248, 249, 253, 255,  
257, 258, 260, 261, 262, 264,  
265, 266, 267, 271, 272, 274,  
276, 277, 278, 279, 284, 285,  
291, 292, 295, 298, 300, 302,  
304, 306, 307, 309, 311, 313,  
317, 324, 327, 330, 331, 332,  
333, 343, 347, 348, 361, 379,  
385, 395, 463, 476

Traités d'amitié, de commerce et de  
navigation (FCN), 20, 184, 185,  
245, 273

Traités multilatéraux, 29, 103, 348,  
476

Transfert des paiements, 265, 284,  
285, 288, 289, 296, 385, 448

## **U**

Union Européenne, 333, 341, 342,  
370, 371, 469, 470

Uruguay Round (Cycle), 42, 301,  
336, 419, 428, 472, 476

## **Z**

Zone de libre échange, 250, 261,  
338, 341, 342, 345



## **ANNEXES**

### **1. LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

#### **ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE ET LE GOUVERNEMENT DE ----- SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS<sup>1</sup>**

Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de -----  
-ci-après dénommés « les Parties contractantes »,

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer  
des conditions favorables pour les investissements français en ----- et -----en  
France,

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont  
propres à stimuler les transferts des capitaux et de technologie entre les deux pays,  
dans l'intérêt de leur développement économique,

Sont convenus des dispositions suivantes :

#### **ARTICLE 1 Définitions**

Pour l'application du présent accord :

1. Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et  
intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- a. les biens meubles et immeubles, ainsi que tout autres droits réels tels que  
les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits  
analogues ;
- b. les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même  
minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de  
l'une des Parties contractantes ;

---

<sup>1</sup> Source: CNUCED – *International Investment Instruments: A Compendium*, p.301

- c. les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- d. les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;
- e. les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.

Il est entendu que les dites avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord.

Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

2. Le terme « nationaux » désigne les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes.

3. Le terme de « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.

4. Le terme « revenus » désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée.

Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

5. Le présent accord s'applique au territoire de chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone maritime de chacune des Parties contractantes, ci-après définie comme la zone économique et le plateau continental qui s'étendent au-delà de la limite des eaux territoriales de chacune des Parties contractantes et sur lesquels elles ont, en conformité avec le Droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles.

6. Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique.

## **ARTICLE 2**

### **Champ de l'accord**

Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou commissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs Etats fédérés, régions, collectivités locales ou toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté.

## **ARTICLE 3**

### **Encouragement et admission des investissements**

Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans la cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime.

## **ARTICLE 4**

### **Traitement juste et équitable**

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérés comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans la cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

## **ARTICLE 5**

### **Traitement national et traitement de la Nation la plus favorisée**

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses nationaux ou sociétés, ou le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la Nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux. A ce titre, les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les dispositions de cet Article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

## **ARTICLE 6**

### **Dépossession et indemnisation**

1. Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, le nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité juste et préalable dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.

3. Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la

zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la Nations la plus favorisée.

## **ARTICLE 7**

### **Libre transfert**

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle les investissements ont été effectués par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante accorde à ces nationaux ou sociétés le libre transfert :

- a) des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ;
- b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1 ;
- c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;
- d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;
- e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 5, paragraphe 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois.

## **ARTICLE 8**

### **Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante**

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties, de manière inconditionnelle et nonobstant toute autre disposition contractuelle ou renonciation à l'arbitrage international, à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

## **ARTICLE 9**

### **Garantie et subrogation**

1. Dans la mesure où la réglementation de l'une des Parties contractantes prévoit une garantie pour les investissements effectués à l'étranger, celle-ci peut être accordée, dans le cadre d'un examen cas par cas, à des investissements effectués par des nationaux ou sociétés de cette Partie sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie.
2. Les investissements des nationaux et sociétés de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie ne pourront obtenir la garantie visée à l'alinéa ci-dessus que s'ils ont, au préalable, obtenu l'agrément de cette dernière Partie.
3. Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses nationaux ou à l'une de ses sociétés, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de ce national ou de cette société.
4. Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au CIRDI ou à poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

## **ARTICLE 10**

### **Engagement spécifique**

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des nationaux et sociétés de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent accord. Les dispositions de l'article 7 du présent Accord s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 7 du présent Accord.

## **ARTICLE 11**

### **Règlement des différends entre Parties contractantes**

1. Les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de présent Accord, à l'exclusion des différends relatifs aux investissements mentionnés à l'Article 8 du présent Accord, doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.
2. Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.
3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante : chaque Partie contractante désigne un membre, et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé Président du tribunal par les deux Parties contractantes. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à l'arbitrage.
4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout autre accord, invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le Secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour un autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.
5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure

arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont repartis également entre les Parties contractantes.

## **ARTICLE 12**

### **Entrée en vigueur et durée**

Chacune des Parties notifiera à l'autre l'accomplissement des procédures internes requises pour l'entrée en vigueur du présent accord, qui prendra effet un mois après le jour de la réception de la dernière notification.

L'accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an.

A l'expiration de la période de validité du présent accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de vingt ans.

\*   \*   \*



## **2. LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DE LA RÉPUBLIQUE D'INDONÉSIE**

### **AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNEMENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA AND THE GOVERNEMENT OF ----- CONCERNING THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS<sup>2</sup>**

The Government of Republic of Indonesia and the Government of -----  
(hereinafter referred to as « Contracting Parties »);

Bearing in mind the friendly and co-operative relations existing between the two countries and their peoples;

Intending to create favorable conditions for investments by nationals of the one Contracting Party on the basis of sovereign equality and mutual benefit; and

Recognizing that the agreement on the Promotion and Protection of such Investments will be conducive to the stimulation of investment activities in both countries;

Have agreed as follows:

#### **ARTICLE I Definitions**

For the purpose of this Agreement:

1. The term “investments” shall mean any kind of asset invested by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in conformity with the laws and regulations of the latter, including, but not exclusively;

- a. movable and immovable property as well as other rights such as mortgages, privileges, and guarantees and any other similar rights;
- b. rights derived from shares, bonds or any other form of interest in companies or joint venture in the territory of the other Contracting Party;
- c. claims to money or to any performances having a financial value;

---

<sup>2</sup> Source: CNUCED – *International Investment Instruments: A Compendium*, p. 309

- d. intellectual property rights, technical process, goodwill and know-how;
- e. business concessions conferred by law or under contract related to investment including concessions to search for or exploit natural resources.

Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their character as an investment, provided that such alteration has also been approved or admitted under Article II.

2. The term “investors” shall comprise with regard, to either Contracting Party:

- (i) natural persons having the nationality of the Contracting Party;
- (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party;

3. The term “without delay” shall be deemed to be fulfilled if a transfer is made such period as is normally required by international financial practices.

4. “Territory” shall mean:

- a. In respect of the Republic of Indonesia: The Territory of the Republic of Indonesia as defined in its laws.
- b. In respect of.....

## **ARTICLE II**

### **Promotion and Protection of Investments**

1. Either Contracting Party shall encourage and create favorable conditions for investors of the other Contracting Party to invest in its territory, and shall admit such capital in accordance with its laws and regulations.

2. Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy adequate protection and security in the territory of the other Contracting Party.

## **ARTICLE III**

### **Most-Favored-Nation Provisions**

1. Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management,

maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. Each Contracting Party shall accord to such investment adequate physical security and protection.

2. More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments treatment which in any case shall not be less favorable than that accorded to investments of investors of any third state.

3. If a Contracting Party has accorded special advantages to investors of any third state by virtue of agreements establishing customs unions, economic unions, monetary unions or similar institutions, or on the basis of interim agreements leading to such unions of institutions, that Contracting Party shall not be obliged to accord such advantages to investors of the other Contracting Party.

#### **ARTICLE IV** **Expropriation**

Each Contracting Party shall not take any measures of expropriation, nationalization or any other dispossession, having effect equivalent to nationalization or expropriation against the investments of an investor of the other Contracting Party except under the following conditions:

- a. the measures are taken for a lawful purpose or public purpose and under process of law
- b. the measures are not discriminatory;
- c. the measures are accompanied by provisions for the payment of prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the fair market value without delay before the measure of dispossession became public knowledge. Such market value shall be determined in accordance with internationally acknowledged practices and methods or, where such fair market value cannot be determined, it shall be such reasonable amount as may be mutually agreed between the Contracting Parties hereto, and it shall be freely transferable in freely usable currencies from the Contracting Party.

#### **ARTICLE V** **Compensation for Losses**

1. Investors of the one Contracting Party, whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of investor emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party, shall be accorded by the latter Contracting Party

treatment, as regards restitutions, indemnification, compensation or other settlement.

2. The treatment shall not be less favorable than that which the latter Contracting Party accords to investments or investors of any other third state.

## **ARTICLE VI** **Transfer**

Either Contracting Party shall guarantee within the scope of its laws and regulations, in respect to investments by investors of the other Contracting Party grant to those investors without delay, the transfer of:

- a. profits, interests, dividends and other current income;
- b. funds necessary:
  - (i) for the acquisition of raw or auxiliary materials, semi fabricated or finished products, or
  - (ii) to replace capital assets in order to safeguard the continuity of an investment;
- c. additional funds necessary for the development of an investment;
- d. funds in repayment of loans;
- e. royalties or fees;
- f. earnings of natural persons;
- g. the proceeds of sale or liquidation of the investment;
- h. compensation for losses;
- i. compensation for expropriation.

Such transfer shall be made at the prevailing rate of exchange on the date of transfer with respect to current transaction in the currency to be transferred.

## **ARTICLE VII** **Subrogation**

If the investment of an investor of the one Contracting Party are insured against non-commercial risks under a system established by law, any subrogation of the insurer or re-insurer to the rights of the said investor pursuant to the terms

of such insurance shall be recognized by the other Contracting Party, provided, however, that the insurer or the re-insurer shall not be entitled to exercise any rights other than the rights which the investor would have been entitled to exercise.

### **ARTICLE VIII**

#### **Settlement of Disputes between Investors and the Contracting Party**

1. Any dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, concerning an investment of the latter in the territory of the former, shall be settled amicably through consultations and negotiations.

2. If such disputes cannot be settled within a period of six month from the date of a written notification either party requested amicable settlement, the dispute shall, at the request of the investor concerned, be submitted either to the judicial procedures provided by the Contracting Party concerned or to international arbitration or conciliation.

3. In case that the dispute is submitted to arbitration or conciliation the investor shall be entitled to refer the dispute to:

a. The International Center for Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of other States, opened for signature at Washington, D.C., on 18 March 1965, in case both Contracting Parties have become parties to the Convention, or

b. An ad-hoc tribunal to be established under the arbitration rules of the United Nations Commissions on International Trade Law (UNCITRAL).

### **ARTICLE IX**

#### **Settlement of disputes between the Contracting Parties concerning Interpretation and Application of the Agreement**

Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement should, if possible, be settled through diplomatic channels.

### **ARTICLE X**

#### **Applicability of this Agreement**

1. This Agreement shall apply to investments by investors of ----- in the territory of the Republic of Indonesia which have been previously granted admission in accordance with the Law no.1 of 1967 concerning Foreign Investment and any law amending or replacing it, and to investments by Investors of the Republic of Indonesia in the territory of ----- which have been granted admission in accordance with -----.

2. The provisions of this Agreement shall not apply to any dispute, claim or difference which arose before its entry into force.

## **ARTICLE XI**

### **Consultation and Amendment**

1. Either Contracting party may request that consultations be held on any matter concerning this Agreement. The other Party shall accord sympathetic consideration to the proposal and shall afford adequate opportunity for such consultations.

2. This Agreement may be amended at any time, if deemed necessary, by mutual consent of both Contracting Parties.

## **ARTICLE XII**

### **Entry into Force, Duration and Termination**

1. The present agreement shall entry into force three months after the date of the latest notification by which Contracting Parties have notified each other that their constitutional requirements for the entry into force Agreement have been fulfilled.

2. This Agreement shall remain in force for a period of ten (10) years and shall continue in force thereafter for similar period unless either Contracting Party notifies the other Contracting Party in writing of its intention to terminate this Agreement one year before its expiration.

3. With respect to investments made prior to date of termination of this Agreement, the provisions of this Agreement shall continue to be effective for a period of ten (10) years from the date of termination.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done in duplicate at Jakarta on ----- in Indonesian, ----- and English language. All texts are equally authentic. If there is any divergence concerning interpretation, the English text shall prevail.

FOR THE GOVERNEMENT OF  
THE REPUBLIC OF INDONESIA

FOR THE GOVERNEMENT OF  
-----

\* \* \*

### **3. LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DES ÉTATS-UNIS**

**TREATY BETWEEN  
THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA  
AND THE GOVERNMENT OF [Country]  
CONCERNING THE ENCOURAGEMENT  
AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENT**

The Government of the United States of America and the Government of -----  
(hereinafter the “Parties”);

*Desiring* to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party;

*Recognizing* that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

*Agreeing* that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards;

*Recognizing* the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration;

*Desiring* to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights;

*Having* resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment;

Have agreed as follows:

**SECTION A  
Article 1: Definitions**

For purposes of this Treaty:

1. **“central level of government”** means:

- (a) for the United States, the federal level of government; and
- (b) for [Country], [ ].

2. **“Centre”** means the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) established by the ICSID Convention.

3. **“claimant”** means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party.

4. **“covered investment”** means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter.

5. **“disputing parties”** means the claimant and the respondent.

6. **“disputing party”** means either the claimant or the respondent.

7. **“enterprise”** means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization; and a branch of an enterprise.

8. **“enterprise of a Party”** means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

9. **“existing”** means in effect on the date of entry into force of this Treaty.

10. **“freely usable currency”** means “freely usable currency” as determined by the International Monetary Fund under its *Articles of Agreement*.

11. **“GATS”** means the *General Agreement on Trade in Services*, contained in Annex 1B to the WTO Agreement.

12. **“government procurement”** means the process by which a government obtains the use of or acquires goods or services, or any combination thereof, for governmental purposes and not with a view to commercial sale or resale, or use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale.

13. **“ICSID Additional Facility Rules”** means the *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

14. **“ICSID Convention”** means the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, done at Washington, March 18, 1965.

[**“Inter-American Convention”** means the *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, done at Panama, January 30, 1975.]



15. **“investment”** means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans<sup>3</sup>;
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights<sup>4</sup> conferred pursuant to domestic law<sup>5</sup>; and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

16. **“investment agreement”** means a written agreement<sup>6</sup> between a national authority<sup>7</sup> of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:

- (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;
- (b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or

---

<sup>3</sup> Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

<sup>4</sup> Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

<sup>5</sup> The term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

<sup>6</sup> “Written agreement” refers to an agreement in writing, executed by both parties, whether in a single instrument or in multiple instruments, that creates an exchange of rights and obligations, binding on both parties under the law applicable under Article 30[Governing Law](2). For greater certainty, (a) a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, or authorization issued by a Party solely in its regulatory capacity, or a decree, order, or judgment, standing alone; and (b) an administrative or judicial consent decree or order, shall not be considered a written agreement.

<sup>7</sup> For purposes of this definition, “national authority” means (a) for the United States, an authority at the central level of government; and (b) for [Country], [ ].

(c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government.

17. **“investment authorization”** means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

18. **“investor of a non-Party”** means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party.

19. **“investor of a Party”** means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

20. **“measure”** includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice.

21. **“national”** means:

(a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act; and

(b) for [Country], [ ].

22. **“New York Convention”** means the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, done at New York, June 10, 1958.

23. **“non-disputing Party”** means the Party that is not a party to an investment dispute.

24. **“person”** means a natural person or an enterprise.

25. **“person of a Party”** means a national or an enterprise of a Party.

26. **“protected information”** means confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party’s law.

27. **“regional level of government”** means:

(a) for the United States, a state of the United States, the District of Columbia, or Puerto Rico; and

(b) for [Country], [ ].

28. **“respondent”** means the Party that is a party to an investment dispute.

29. **“Secretary-General”** means the Secretary-General of ICSID.

30. **“state enterprise”** means an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by a Party.

31. **“territory”** means:

- (a) with respect to the United States, [ ].
- (b) with respect to [Country,] [ ].

32. **“TRIPS Agreement”** means the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, contained in Annex 1C to the WTO Agreement<sup>8</sup>.

33. **“UNCITRAL Arbitration Rules”** means the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

34. **“WTO Agreement”** means the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, done on April 15, 1994.

## **Article 2: Scope and Coverage**

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

- (a) investors of the other Party;
- (b) covered investments; and
- (c) with respect to Articles 8 [Performance Requirements], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.

2. A Party’s obligations under Section A shall apply:

- (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party; and
- (b) to the political subdivisions of that Party.

3. For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty.

## **Article 3: National Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

---

<sup>8</sup> For greater certainty, “TRIPS Agreement” includes any waiver in force between the Parties of any provision of the TRIPS Agreement granted by WTO Members in accordance with the WTO Agreement.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

#### **Article 4: Most-Favored-Nation Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

#### **Article 5: Minimum Standard of Treatment<sup>9</sup>**

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

---

<sup>9</sup> Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:

(a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities; or

(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through (4), *mutatis mutandis*.

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

## **Article 6: Expropriation and Compensation<sup>10</sup>**

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) in a non-discriminatory manner;

(c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and

(d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3).

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

(a) be paid without delay;

(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("the date of expropriation");

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable.

---

<sup>10</sup> Article 6 [Expropriation] shall be interpreted in accordance with Annexes A and B.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

## **Article 7: Transfers**

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

(a) contributions to capital;

(b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;

(c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;

(d) payments made under a contract, including a loan agreement;

(e) payments made pursuant to Article 5 [Minimum Standard of Treatment](4) and (5) and Article 6 [Expropriation and Compensation]; and

(f) payments arising out of a dispute.

2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.

3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.

4. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws relating to:

(a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;

(b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;

- (c) criminal or penal offenses;
- (d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or
- (e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

## **Article 8: Performance Requirements**

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking<sup>11</sup>:

- (a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
- (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory; or
- (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market.

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:

- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
- (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

---

<sup>11</sup> For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a “commitment or undertaking” for the purposes of paragraph 1.

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraph 1(f) does not apply:

(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.<sup>12</sup><sup>11</sup>

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), and (g), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

---

<sup>12</sup> The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power.



## **Article 9: Senior Management and Boards of Directors**

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.
2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

## **Article 10: Publication of Laws and Decisions Respecting Investment**

1. Each Party shall ensure that its:
  - (a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and
  - (b) adjudicatory decisionsrespecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.
2. For purposes of this Article, “administrative ruling of general application” means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:
  - (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular covered investment or investor of the other Party in a specific case; or
  - (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

## **Article 11: Transparency**

1. Contact Points
  - (a) Each Party shall designate a contact point or points to facilitate communications between the Parties on any matter covered by this Treaty.
  - (b) On the request of the other Party, the contact point(s) shall identify the office or official responsible for the matter and assist, as necessary, in facilitating communication with the requesting Party.
2. Publication

To the extent possible, each Party shall:

  - (a) publish in advance any measure referred to in Article 10(1)(a) that it proposes to adopt; and
  - (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.

### 3. Provision of Information

(a) On request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure that the requesting Party considers might materially affect the operation of this Treaty or otherwise substantially affect its interests under this Treaty.

(b) Any request or information under this paragraph shall be provided to the other Party through the relevant contact points.

(c) Any information provided under this paragraph shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Treaty.

### 4. Administrative Proceedings

With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures referred to in Article 10(1)(a), each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular covered investments or investors of the other Party in specific cases:

(a) wherever possible, covered investments or investors of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and

(c) its procedures are in accordance with domestic law.

### 5. Review and Appeal

(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Treaty. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.

(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:

(i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and

(ii) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.

(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.

## **Article 12: Investment and Environment**

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws<sup>13,12</sup>. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.
2. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

## **Article 13: Investment and Labor**

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labor rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.
2. For purposes of this Article, “labor laws” means each Party’s statutes or regulations<sup>14,13</sup> or provisions thereof, that are directly related to the following internationally recognized labor rights:
  - (a) the right of association;
  - (b) the right to organize and bargain collectively;
  - (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor;
  - (d) labor protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labor; and

---

<sup>13</sup> For the United States, “laws” for purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

<sup>14</sup> For the United States, “statutes or regulations” for purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

(e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

#### **Article 14: Non-Conforming Measures**

1. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

- (a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:
  - (i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III,
  - (ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III, or
  - (iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], or 9 [Senior Management and Boards of Directors].

2. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.

3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Treaty and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.

4. Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS Agreement.

5. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

- (a) government procurement; or
- (b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

## **Article 15: Special Formalities and Information Requirements**

1. Nothing in Article 3 [National Treatment] shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with covered investments, such as a requirement that investors be residents of the Party or that covered investments be legally constituted under the laws or regulations of the Party, provided that such formalities do not materially impair the protections afforded by a Party to investors of the other Party and covered investments pursuant to this Treaty.

2. Notwithstanding Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment], a Party may require an investor of the other Party or its covered investment to provide information concerning that investment solely for informational or statistical purposes. The Party shall protect any confidential business information from any disclosure that would prejudice the competitive position of the investor or the covered investment. Nothing in this paragraph shall be construed to prevent a Party from otherwise obtaining or disclosing information in connection with the equitable and good faith application of its law.

## **Article 16: Non-Derogation**

This Treaty shall not derogate from any of the following that entitle an investor of a Party or a covered investment to treatment more favorable than that accorded by this Treaty:

1. laws or regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party;
2. international legal obligations of a Party; or
3. obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement.

## **Article 17: Denial of Benefits**

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

- (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
- (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

## **Article 18: Essential Security**

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

## **Article 19: Disclosure of Information**

Nothing in this Treaty shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

## **Article 20: Financial Services**

1. Notwithstanding any other provision of this Treaty, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Treaty.

2. (a) Nothing in this Treaty applies to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 [Transfers] or Article 8 [Performance Requirements].<sup>15</sup>

(b) For purposes of this paragraph, "public entity" means a central bank or monetary authority of a Party.

3. Where a claimant submits a claim to arbitration under Section B [Investor-State Dispute Settlement], and the respondent invokes paragraph 1 or 2 as a defense, the following provisions shall apply:

---

<sup>15</sup> For greater certainty, measures of general application taken in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies do not include measures that expressly nullify or amend contractual provisions that specify the currency of denomination or the rate of exchange of currencies.

(a) The respondent shall, within 120 days of the date the claim is submitted to arbitration under Section B, submit in writing to the competent financial authorities<sup>16</sup> of both Parties a request for a joint determination on the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. The respondent shall promptly provide the tribunal, if constituted, a copy of such request. The arbitration may proceed with respect to the claim only as provided in subparagraph (d).

(b) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other and shall attempt in good faith to make a determination as described in subparagraph (a). Any such determination shall be transmitted promptly to the disputing parties and, if constituted, to the tribunal. The determination shall be binding on the tribunal.

(c) If the competent financial authorities of both Parties, within 120 days of the date by which they have both received the respondent's written request for a joint determination under subparagraph (a), have not made a determination as described in that subparagraph, the tribunal shall decide the issue left unresolved by the competent financial authorities. The provisions of Section B shall apply, except as modified by this subparagraph.

(i) In the appointment of all arbitrators not yet appointed to the tribunal, each disputing party shall take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to financial services shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

(ii) If, before the respondent submits the request for a joint determination in conformance with subparagraph (a), the presiding arbitrator has been appointed pursuant to Article 27(3), such arbitrator shall be replaced on the request of either disputing party and the tribunal shall be reconstituted consistent with subparagraph (c)(i). If, within 30 days of the date the arbitration proceedings are resumed under subparagraph (d), the disputing parties have not agreed on the appointment of a new presiding arbitrator, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint the presiding arbitrator consistent with subparagraph (c)(i).

(iii) The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. Unless it makes such a submission, the non-disputing Party shall be presumed, for purposes of the arbitration, to take a position on paragraph 1 or 2 not inconsistent with that of the respondent.

(d) The arbitration referred to in subparagraph (a) may proceed with respect to the claim:

(i) 10 days after the date the competent financial authorities' joint determination has been received by both the disputing parties and, if constituted, the tribunal; or

---

<sup>16</sup> For purposes of this Article, "competent financial authorities" means, for the United States, the Department of the Treasury for banking and other financial services, and the Office of the United States Trade Representative, in coordination with the Department of Commerce and other agencies, for insurance; and for [Country], [ ].

(ii) 10 days after the expiration of the 120-day period provided to the competent financial authorities in subparagraph (c).

4. Where a dispute arises under Section C and the competent financial authorities of one Party provide written notice to the competent financial authorities of the other Party that the dispute involves financial services, Section C shall apply except as modified by this paragraph and paragraph 5.

(a) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other regarding the dispute, and shall have 180 days from the date such notice is received to transmit a report on their consultations to the Parties. A Party may submit the dispute to arbitration under Section C only after the expiration of that 180-day period.

(b) Either Party may make any such report available to a tribunal constituted under Section C to decide the dispute referred to in this paragraph or a similar dispute, or to a tribunal constituted under Section B to decide a claim arising out of the same events or circumstances that gave rise to the dispute under Section C.

5. Where a Party submits a dispute involving financial services to arbitration under Section C in conformance with paragraph 4, and on the request of either Party within 30 days of the date the dispute is submitted to arbitration, each Party shall, in the appointment of all arbitrators not yet appointed, take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to financial services shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

6. Notwithstanding Article 11(2) [Transparency – Publication], each Party shall, to the extent practicable,

(a) publish in advance any regulations of general application relating to financial services that it proposes to adopt;

(b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed regulations.

7. The terms “financial service” or “financial services” shall have the same meaning as in subparagraph 5(a) of the Annex on Financial Services of the GATS.

## **Article 21: Taxation**

1. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures.

2. Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:



(a) the claimant has first referred to the competent tax authorities<sup>17</sup> of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and

(b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.

3. Subject to paragraph 4, Article 8 [Performance Requirements] (2) through (4) shall apply to all taxation measures.

4. Nothing in this Treaty shall affect the rights and obligations of either Party under any tax convention. In the event of any inconsistency between this Treaty and any such convention, that convention shall prevail to the extent of the inconsistency. In the case of a tax convention between the Parties, the competent authorities under that convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exists between this Treaty and that convention.

## **Article 22: Entry into Force, Duration, and Termination**

1. This Treaty shall enter into force thirty days after the date the Parties exchange instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated in accordance with paragraph 2.

2. A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year's written notice to the other Party.

3. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments.

## **SECTION B**

### **Article 23: Consultation and Negotiation**

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of nonbinding, third-party procedures.

---

<sup>17</sup> For the purposes of this Article, the “competent tax authorities” means:

(a) for the United States, the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy), Department of the Treasury; and (b) for [Country], [ ].

## **Article 24: Submission of a Claim to Arbitration**

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement; and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement; and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent"). The notice shall specify:

(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;

(b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;

(c) the legal and factual basis for each claim; and

(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.

3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:

(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;

(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;

(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"):

(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;

(b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;

(c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or

(d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.

A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:

(a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or

(b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

### **Article 25: Consent of Each Party to Arbitration**

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID

Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [and]

(b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing[.]" and

(c) Article I of the Inter-American Convention for an "agreement.

### **Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party**

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 24(1) and

knowledge that the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) has incurred loss or damage.

2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:

(a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Treaty; and

(b) the notice of arbitration is accompanied,

(i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(a), by the claimant's written waiver, and

(ii) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

## **Article 27: Selection of Arbitrators**

1. Unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the disputing parties.

2. The Secretary-General shall serve as appointing authority for an arbitration under this Section.

3. Subject to Article 20(3), if a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

4. For purposes of Article 39 of the ICSID Convention and Article 7 of Schedule C to the ICSID Additional Facility Rules, and without prejudice to an objection to an arbitrator on a ground other than nationality:

(a) the respondent agrees to the appointment of each individual member of a tribunal established under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules;

(b) a claimant referred to in Article 24(1)(a) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or

the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant agrees in writing to the appointment of each individual member of the tribunal; and

(c) a claimant referred to in Article 24(1)(b) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant and the enterprise agree in writing to the appointment of each individual member of the tribunal.

## **Article 28: Conduct of the Arbitration**

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention.

2. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty.

3. The tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party.

4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 34.

(a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefore.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph

5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.

6. When it decides a respondent's objection under paragraph 4 or 5, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.

7. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.

8. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.

9. (a) In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.

(b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Section for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10 or Annex D.

10. If a separate, multilateral agreement enters into force between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 34 in

arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force between the Parties.

### **Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings**

1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:

- (a) the notice of intent;
- (b) the notice of arbitration;
- (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [*Amicus* Submissions] and Article 33 [Consolidation];
- (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
- (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.

2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 18 [Essential Security Article] or Article 19 [Disclosure of Information Article].

4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:

(a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);

(b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;

(c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1; and

(d) The tribunal shall decide any objection regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may (i) withdraw all or part of its submission containing such information, or (ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and

subparagraph (c). In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information.

5. Nothing in this Section requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.

### **Article 30: Governing Law**

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law.

2. Subject to paragraph 3 and the other terms of this Section, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(B) or (C), or Article 24(1)(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall apply:

(a) the rules of law specified in the pertinent investment authorization or investment agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or

(b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed:

(i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws<sup>18</sup>; and

(ii) such rules of international law as may be applicable.

3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.

### **Article 31: Interpretation of Annexes**

1. Where a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of an entry set out in Annex I, II, or III, the tribunal shall, on request of the respondent, request the interpretation of the Parties on the issue. The Parties shall submit in writing any joint decision declaring their interpretation to the tribunal within 60 days of delivery of the request.

2. A joint decision issued under paragraph 1 by the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with

---

<sup>18</sup> The “law of the respondent” means the law that a domestic court or tribunal of proper jurisdiction would apply in the same case.



that joint decision. If the Parties fail to issue such a decision within 60 days, the tribunal shall decide the issue.

### **Article 32: Expert Reports**

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.

### **Article 33: Consolidation**

1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.

2. A disputing party that seeks a consolidation order under this Article shall deliver, in writing, a request to the Secretary-General and to all the disputing parties sought to be covered by the order and shall specify in the request:

(a) the names and addresses of all the disputing parties sought to be covered by the order;

(b) the nature of the order sought; and

(c) the grounds on which the order is sought.

3. Unless the Secretary-General finds within 30 days after receiving a request under paragraph 2 that the request is manifestly unfounded, a tribunal shall be established under this Article.

4. Unless all the disputing parties sought to be covered by the order otherwise agree, a tribunal established under this Article shall comprise three arbitrators:

(a) one arbitrator appointed by agreement of the claimants;

(b) one arbitrator appointed by the respondent; and

(c) the presiding arbitrator appointed by the Secretary-General, provided, however, that the presiding arbitrator shall not be a national of either Party.

5. If, within 60 days after the Secretary-General receives a request made under paragraph 2, the respondent fails or the claimants fail to appoint an arbitrator in accordance with paragraph 4, the Secretary-General, on the request of any disputing party sought to be covered by the order, shall appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. If the respondent fails to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the disputing Party, and if the

claimants fail to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the nondisputing Party.

6. Where a tribunal established under this Article is satisfied that two or more claims that have been submitted to arbitration under Article 24(1) have a question of law or fact in common, and arise out of the same events or circumstances, the tribunal may, in the interest of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:

(a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims;

(b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others; or

(c) instruct a tribunal previously established under Article 27 [Selection of Arbitrators] to assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims, provided that

(i) that tribunal, at the request of any claimant not previously a disputing party before that tribunal, shall be reconstituted with its original members, except that the arbitrator for the claimants shall be appointed pursuant to paragraphs 4(a) and 5; and

(ii) that tribunal shall decide whether any prior hearing shall be repeated.

7. Where a tribunal has been established under this Article, a claimant that has submitted a claim to arbitration under Article 24(1) and that has not been named in a request made under paragraph 2 may make a written request to the tribunal that it be included in any order made under paragraph 6, and shall specify in the request:

(a) the name and address of the claimant;

(b) the nature of the order sought; and

(c) the grounds on which the order is sought.

The claimant shall deliver a copy of its request to the Secretary-General.

8. A tribunal established under this Article shall conduct its proceedings in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, except as modified by this Section.

9. A tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a tribunal established or instructed under this Article has assumed jurisdiction.

10. On application of a disputing party, a tribunal established under this Article, pending its decision under paragraph 6, may order that the proceedings of a tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] be stayed, unless the latter tribunal has already adjourned its proceedings.

### **Article 34: Awards**

1. Where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award, separately or in combination, only:
  - (a) monetary damages and any applicable interest; and
  - (b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution. A tribunal may also award costs and attorney's fees in accordance with this Treaty and the applicable arbitration rules.
2. Subject to paragraph 1, where a claim is submitted to arbitration under Article 24(1)(b):
  - (a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise;
  - (b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and
  - (c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.
3. A tribunal may not award punitive damages.
4. An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.
5. Subject to paragraph 6 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.
6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:
  - (a) in the case of a final award made under the ICSID Convention,
    - (i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or
    - (ii) revision or annulment proceedings have been completed; and
  - (b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules, the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules selected pursuant to Article 24(3)(d),
    - (i) 90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside, or annul the award; or
    - (ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award and there is no further appeal.
7. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.
8. If the respondent fails to abide by or comply with a final award, on delivery of a request by the non-disputing Party, a tribunal shall be established under Article 37 [State-State Dispute Settlement]. Without prejudice to other remedies available

under applicable rules of international law, the requesting Party may seek in such proceedings:

(a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Treaty; and

(b) a recommendation that the respondent abide by or comply with the final award.

9. A disputing party may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention or the New York Convention [or the Inter-American Convention] regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 8.

10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention].

### **Article 35: Annexes and Footnotes**

The Annexes and footnotes shall form an integral part of this Treaty.

### **Article 36: Service of Documents**

Delivery of notice and other documents on a Party shall be made to the place named for that Party in Annex C.

## ***SECTION C***

### **Article 37: State-State Dispute Settlement**

1. Subject to paragraph 5, any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules shall govern, except as modified by the Parties or this Treaty.

2. Unless the Parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each Party and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the Parties. If a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of either Party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

3. Expenses incurred by the arbitrators, and other costs of the proceedings, shall be paid for equally by the Parties. However, the tribunal may, in its discretion, direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Parties.

4. Articles 28(3) [*Amicus Curiae* Submissions], 29 [Investor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply *mutatis mutandis* to arbitrations under this Article.

5. Paragraphs 1 through 4 shall not apply to a matter arising under Article 12 or Article 13.

IN WITNESS WHEREOF, the respective plenipotentiaries have signed this Treaty.

DONE in duplicate at [city] this [number] day of [month, year], in the English and [foreign] languages, each text being equally authentic.

FOR THE GOVERNMENT OF FOR THE GOVERNMENT OF  
THE UNITED STATES OF AMERICA: [Country]:

#### ***Annex A*** ***Customary International Law***

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

#### ***Annex B*** ***Expropriation***

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

### ***Annex C***

#### ***Service of Documents on a Party***

##### **United States**

Notices and other documents shall be served on the United States by delivery to:

Executive Director (L/EX)

Office of the Legal Adviser

Department of State

Washington, D.C. 20520

United States of America

**[Country]**

Notices and other documents shall be served on [Country] by delivery to:

[insert place of delivery of notices and other documents for [Country]]

### ***Annex D***

#### ***Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism***

Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.

# TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE PREMIER – <i>L'ENVIRONNEMENT JURIDICO-ÉCONOMIQUE ET LES PROTAGONISTES DU PROCESSUS D'INVESTISSEMENTS DIRECTS À L'ÉTRANGER</i> .....	54
<i>SECTION I</i>	
L'INTÉGRATION DE CONCEPTS ÉCONOMIQUES DANS LA RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS À L'ÉTRANGER .....	55
A. LA JURIDICISATION DE NOTIONS ÉCONOMIQUES .....	56
1. Le concept d'investissement .....	56
1.1 La définition générale du concept d'investissement .....	56
1.2 Les critères restrictifs de la définition .....	79
1.2.1 La durée de l'investissement .....	79
1.2.2 La nature de l'investissement .....	81
1.2.3 La taille de l'investissement .....	83
1.2.4 Le secteur de l'économie .....	83
1.2.5 Des définitions alternatives .....	84
2. Les autres concepts économiques .....	86
2.1 L'investisseur .....	86
2.1.1 Les critères d'exclusion des personnes morales .....	90
Exclusions basées sur la forme légale .....	91
Exclusions basées sur l'objectif .....	92
Exclusion basée sur la forme de propriété .....	93
2.1.2 La relation entre l'investisseur et l'Etat .....	93
2.1.3 La relation entre l'investisseur et l'investissement réalisé.....	100

2.2 Le territoire .....	103
2.3 Les revenus .....	104
2.4 Le risque politique .....	105
2.5 Les coûts de transaction .....	107
 B. L'ÉVOLUTION MONDIALE DES FLUX D'INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS .....	108
 1. Les pays de l'OCDE .....	110
2. Les autres pays .....	113
3. Des prévisions favorables .....	118
4. La mutation structurelle des flux d'investissements .....	120
 <i>SECTION II</i>	
LES PROTAGONISTES DU PROCESSUS D'INVESTISSEMENT : LES ENTREPRISES MULTINATIONALES ET LES ÉTATS .....	123
 A. LES ENTREPRISES MULTINATIONALES .....	128
 1. Le concept d'entreprise multinationale en droit international .....	129
2. L'impact des stratégies abordées par les multinationales sur les accords d'investissements .....	146
2.1 Les stratégies de marché .....	147
2.2 Les stratégies productives .....	151
2.3 Les stratégies globales .....	156
 B. LE POSITIONNEMENT DES ÉTATS À L'ÉGARD DES INVESTISSEMENTS DIRECTS À L'ÉTRANGER .....	159
 1. Le changement de la place et du rôle des États face à l'extension des entreprises multinationales .....	160
2. L'évolution des politiques mises en œuvre par les États.....	170



CHAPITRE SECOND – *LA CONTRIBUTION DES TRAITÉS BILATÉRAUX À  
L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DES INVESTISSEMENTS* .....183

*SECTION I*

L'ÉVOLUTION DES TRAITÉS BILATÉRAUX DANS LE TEMPS .....184

*SECTION II*

LES DISPOSITIONS PRINCIPALES DES TRAITÉS BILATÉRAUX  
D'INVESTISSEMENTS .....195

A. L'ACCUEIL DES INVESTISSEMENTS .....195

1. Le titre et le préambule .....195

2. Le champ d'application .....199

2.1 L'investissement .....200

2.2 L'investisseur .....208

Les personnes physiques .....209

Les entreprises .....211

2.3. Le territoire .....218

2.4. L'application dans le temps .....219

2.5. L'entrée en vigueur et la durée .....222

3. L'admission et la promotion des investissements .....225

3.1 L'admission de l'investissement .....225

3.2 La promotion des investissements.....235

B. LE TRAITEMENT DE L'INVESTISSEMENT .....240

1. Les normes absolues .....241

1.1 Le traitement juste et équitable .....242

1.2 L'entière protection et sécurité .....244

1.3 L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires..245

1.4 Le traitement conforme au droit international .....247

2. Les normes relatives .....248

2.1 La clause du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) .....249

2.2 Le traitement national (TN) .....	251
2.3 L'applicabilité des normes relatives de traitement .....	254
2.4 Les exceptions au traitement de la nation la plus favorisée et au traitement national .....	260
 C. LA PROTECTION ET LA GARANTIE DES INVESTISSEMENTS .....	264
1. Les clauses de protection contre l'expropriation .....	265
2. Les dispositions de protection contre la guerre et les désordres civils.....	280
3. La protection du transfert des paiements .....	284
4. Les autres clauses spécifiques de protection .....	297
4.1 Les obligations de résultat .....	297
4.2 L'entrée et le séjour des ressortissants étrangers .....	301
4.3 Le personnel local .....	303
4.4 La transparence de la législation nationale .....	304
5. Les exceptions générales .....	307
 D. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS .....	309
1. Les différends entre l'investisseur et l'État d'accueil .....	311
2. Les différends entre États .....	324
  CHAPITRE TROISIEME – <i>L'INFLUENCE DES RELATIONS RÉGIONALES ET MULTILATÉRALES SUR LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS</i> .....	335
 SECTION I	
LES INSTRUMENTS RÉGIONAUX .....	337
 A. DESCRIPTION GÉNÉRALE .....	344
 B. LES DISPOSITIONS PRINCIPALES .....	347

1. L'accueil des investissements .....	347
1.1 La diversité des définitions .....	348
1.2 Le champ d'application .....	351
1.3 L'admission des investissements .....	352
1.3.1 L'admission libérale.....	352
1.3.2 L'admission restrictive .....	354
2. Le traitement des investissements .....	355
2.1 Le traitement dans la phase d'admission des investissements.....	355
2.2 Le traitement accordé après l'admission.....	357
2.3 Le transfert et l'expropriation .....	359
3. Le règlement des différends .....	362
 C. LES SPÉCIFICITÉS DES INSTRUMENTS RÉGIONAUX .....	365
1. Les dérogations et les exceptions .....	365
2. Les clauses diverses .....	367
3. Le droit communautaire .....	369
4. Un instrument régional non contraignant .....	375
 <i>SECTION II</i>	
LES INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX .....	381
A. LES INSTRUMENTS ISSUS DE LA BANQUE MONDIALE .....	382
1. Un instrument multilatéral non contraignant : Les Principes directeurs de la Banque Mondiale.....	382
2. Les instruments multilatéraux contraignants .....	387
2.1 La Convention de Washington .....	388
2.1.1 Les personnes concernées .....	389
2.1.2 Les contrats concernés .....	390
2.1.3 Les particularités structurelles du CIRDI .....	393
2.2 La Convention de Séoul .....	396
 B. LES INSTRUMENTS ISSUS DE L'OMC .....	401

1. L'accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) .....	401
1.1 Les dispositions principales .....	402
1.2 Les limites de l'Accord sur les MIC .....	405
2. L'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) .....	407
2.1 Les dispositions principales .....	408
2.2 Les particularités de l'AGCS .....	415
3. L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) .....	418
3.1 Les dispositions générales .....	419
3.2 Les spécificités de l'ADPIC .....	423
4. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires .....	425
4.1 Les dispositions principales .....	426
4.2 Les caractéristiques de l'Accord .....	428

### *SECTION III*

L'ÉCHEC D'UN CADRE MULTILATÉRAL POUR L'INVESTISSEMENT : LE PROJET DE TEXTE DE L'AMI .....	429
A. LES DISPOSITIONS GÉNÉRALES .....	431
1. Le champ d'application .....	431
2. Le traitement des investissements .....	435
2.1 Le traitement national et le traitement de la clause de la nation la plus favorisée .....	436
2.2 L'admission et le séjour des investisseurs et du personnel clé .....	438
2.3 Les obligations diverses .....	438
2.4 Le droit des entreprises .....	440
3. La protection des investissements .....	443
3.1 Le traitement général .....	444
3.2 L'expropriation et l'indemnisation .....	446
3.3 Les transferts .....	448
3.4 La subrogation .....	449

3.5 La protection des investissements existants .....	449
4. Le règlement des différends .....	451
4.1 Les procédures entre les Etats .....	451
4.1.1 Les dispositions générales .....	451
4.1.2 La procédure d'arbitrage .....	452
4.2. Les procédures entre un investisseur et un Etat .....	454
4.2.1 Le déclenchement de la procédure .....	455
4.2.2 La procédure d'arbitrage .....	456
5. Exceptions et sauvegardes .....	458
 B. LES PRINCIPALES CAUSES DE L'ÉCHEC DE L'AMI SUR LE FOND .....	461
1. Les considérations liées aux principes structurants de l'AMI .....	463
2. L'incompatibilité de l'AMI avec d'autres instruments .....	468
 C. LES RÉACTIONS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE .....	471
 CONCLUSION .....	474
 BIBLIOGRAPHIE .....	479
 TABLE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS .....	509
 INDEX .....	511
 ANNEXES .....	516
• LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE.....	516
• LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DE LA RÉPUBLIQUE D'INDONÉSIE.....	524
• LE MODÈLE DE TRAITÉ BILATÉRAL DES ÉTATS-UNIS .....	530

***TITRE : L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers***

**RÉSUMÉ :** Cette thèse présente le parcours difficile du droit en matière d'investissements directs à l'étranger vers son internationalisation. La difficulté d'intégration dans le droit international des normes juridiques régissant l'investissement étranger a été due aux changements intervenus dans les relations internationales, à la suite de confrontations politiques, idéologiques et surtout économiques entre les pays. Les mécanismes conventionnels, les traités bilatéraux et la multiplication des arrangements régionaux ont contribué à une juridicisation nouvelle de la société mondiale. Cependant, ce n'est qu'un instrument multilatéral global, généralement accepté et qui échapperait de ce fait aux rapports de pouvoir au niveau mondial qui pourrait consacrer l'avènement d'un droit international en matière d'investissements directs étrangers. Assurant la stabilité du système multilatéral, il serait l'outil juridique qui permettrait de régir différemment la mondialisation économique.

**MOTS CLEFS :** droit international - investissements directs étrangers - mondialisation économique – mécanismes conventionnels

***TITLE: The evolution of the international law for foreign directs investments***

**SUMMARY:** This thesis presents the difficult path to dedicating at the international level the law dealing with foreign directs investments. The difficulty of integrating in the main body of the international law of the juridical standards concerning the foreign directs investments has been due to the changes interfered in international relationships. These changes were brought about by political, ideological and, most of all, economic confrontations among countries. The customary mechanisms, the bilateral treaties and the increase of regional arrangements have contributed to create a new jurisdiction of the world society. However, only a global multilateral instrument, generally accepted, could establish the enactment of an international law for foreign directs investments. This instrument should be able to transcend and go beyond the power relationships existing worldwide. Thus, assuring the stability of the multilateral system, it could be the juridical instrument allowing to manage the economic globalization in a different way.

**KEY WORDS:** international law - foreign directs investments - economic globalization - customary mechanism